a equilibrare elementi successivi ed eterogenei, rappresenta di per sé una garanzia contro il rischio di eccessi o sviamenti [147].

Così, la povertà del contenuto, risvolto di ogni formula di sintesi, è almeno compensata dall'offerta di un bandolo preciso da seguire — tanto più saldo, in quanto i suoi passaggi possono dirsi calcolati unicamente sull'ammissione o sul rifiuto del risarcimento.

Anche l'invito a scalare due momenti, nell'indagine su questo requisito, e a vagliare cioè il contegno dell'agente solo dopo l'inchiesta sull'*iniuria,* risparmia qualche oziosa dispersione: sarebbe poco logico cercare se l'atto sia stato volontario in un caso in cui bastasse già la colpa, così come provare l'imprudenza là dove fosse necessario il dolo; e ancor più inutile studiare la condotta — con risultati magari positivi, dal punto di vista della vittima — per accorgersi poi che a nessun titolo quel pregiudizio poteva essere ingiusto [148].

---

mento che si è accentuato nell'ultimo quindicennio, la vocazione all'immobilismo dei giudici ha un risalto maggiore nei commenti.

[147] In generale, anche TRIMARCHI, *Illecito,* cit., pp. 97-98; P. G. JAEGER, *Pubblicità e « principio di verità »,* cit., p. 345; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 458. E già CANDICE, *La compensazione delle colpe,* cit., pp. 126-128; DEMOGUE, *Traité des obligations,* III, cit., p. 368; GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 243. Sui limiti di talune motivazioni ancor oggi ricorrenti, LIPARI, *Il problema dell'interpretazione giuridica,* nel vol. *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento,* cit., p. 49 ss., specialmente p. 56.

[148] In senso analogo, per quanto in termini un po' generici, TORREGROSSA, *Il problema,* cit., p. 38. Cfr. anche RUBINO, *La fattispecie,* cit., p. 539, nota 1; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 412; e, sia pur con diverse motivazioni, DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 257.

Si evita così anche il rischio di dover introdurre — come fa DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 476 — un doppio accertamento della colpa, l'uno relativo alla discrepanza fra comportamento e codice di diligenza, l'altro da compiersi tenendo conto delle circostanze del caso (*dual role of foreseeability: in determining careless and limiting actionability*).

CAPITOLO UNDICESIMO

L'AREA DELLA RESPONSABILITA' PER DOLO

SOMMARIO. 1. Ripudio conclusivo dello schema dell'eccezione per il dolo. L'equivalenza come principio statistico. - 2. La determinazione del titolo nei casi non previsti espressamente dalla legge. Possibili strumenti per il giudice. - 3. Gli elementi comuni alle figure controllate da uno stesso criterio di imputazione: valore pratico del riferimento. - 4. Peculiarità delle singole zone d'influenza e tratti generali della responsabilità. Distinzione rispetto ai binomi del passato. - 5. Il timore di attentati all'unità dell'istituto aquiliano. - 6. Motivazioni reali e limiti delle polemiche tradizionali. - 7. Il danno ingiusto e l'obbligazione risarcitoria: inconfondibilità dell'istituto aquiliano. Concorso dell'azione di danni con altri rimedi. - 8. Il denominatore comune alle ipotesi in cui il dolo rileva in via esclusiva: supremazia della posizione dell'agente rispetto all'interesse della vittima. - 9. Il valore deterrente della colpa. La possibilità dell'assicurazione. Altri fattori capaci di indebolire il carattere dissuasivo della minaccia della responsabilità. - 10. La prevenzione nell'area del dolo. - 11. La sanzione come aspetto caratteristico della reazione all'illecito doloso. L'arricchimento superiore al danno. - 12. La morale e i suoi precetti. Connessioni fra diritto civile e penale. La distribuzione del danno come esigenza inoperante nel territorio del dolo. L'equità. Il dovere di non nuocere intenzionalmente. - 13. Soggettività del comportamento. La qualificazione del danneggiamento doloso: atto o fatto illecito.

1. Diventa così abbastanza semplice rispondere al quesito di partenza. Posto che l'ingiustizia è in rapporto diretto con la colpevolezza, e che al suo interno questa si scompone in alcuni sub-criteri differenti, di cui ciascuno scelto volta a volta secondo principi di ragione, nessuna gerarchia si potrà ammettere tra i casi in cui non vi è risarcimento, o fra i diversi esiti di responsabilità; e appare soprattutto inaccettabile un modello di regola e eccezioni, il quale impedirebbe un'eleggibilità del dolo là dove pur valessero considerazioni di opportunità analoghe a quelle che, occasionalmente, hanno fatto adottare quel titolo dal legislatore.

Il significato della formula prevista nell'art. 2043 (« Qualunque fatto... ») dovrà quindi intendersi ristretto all'affermazione per cui il

danno che sia ingiusto già per colpa sarebbe tale anche se fosse dimostrabile un intento dell'autore di causarlo: è questa l'ipotesi più propizia per la vittima, la prima a dover essere vagliata, e sarà quella ad incontrarsi più sovente, si ché si può ben dire che quel testo sancisca una relazione statisticamente favorevole alla colpa; ma un responso eventualmente negativo, che sortisse da tale prima inchiesta, non potrà indurre a pronunciarsi automaticamente nel senso dell'irresponsabilità, restando ancora da appurare se quell'atto non debba sanzionarsi ad altro titolo [1].

2. In questo quadro sorge allora l'esigenza di ricondurre gli illeciti di dolo a un profilo sintetico e comune, e di chiarire in quali sotto-indicazioni, rispetto al territorio della colpa, si esprimano qui logica e giustizia.

È indubbio, infatti, che l'introduzione di un polo intermedio, nell'alternativa fra imputazione per negligenza e irresponsabilità [2], vale a rendere più incerta e problematica la scelta che si pone al giudicante, ogniqualvolta occorra stabilire la regola di condotta di cui il danneggiante poteva pretendere l'osservanza: quando cioè il fatto dedotto nel processo non rientri in nessuno dei casi disciplinati specificatamente dal legislatore, e manchi insieme una sicura e persuasiva tradizione giurisprudenziale al riguardo.

---

[1] Con diversi accenti, MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 558; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 71; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 103; PUCCINI, *Il dolo civile,* cit., p. 353 ss. Anche noi potremmo dunque concludere, insieme a DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 457, che « the area covered by the tort of negligence is only a subdivision of that covered by intention ».

[2] Alla tripartizione fra *intention, negligence* e *strict liability* è ispirato già il primo *Restatement of torts*; in seguito, ad esempio, SCHUSSERL, *Torts,* cit., p. 1; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 84 ss.; KEETON, *Conditional fault,* cit., p. 430; e adesso, PROSSER, *Handbook of the law of torts,* cit., p. 27. Per l'Inghilterra, analogamente, FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., p. 5; COLYER, *A modern view,* cit., p. 32; si veda, del resto, già lo specchio di POLLOCK, *The law of torts,* cit., pp. 6-8; da ultimo, STREET, *The law of torts,* cit., p. 13, p. 101, p. 212. In Germania soprattutto WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 48 (« Die zweifache Grundstruktur des aussergeschäftlichen Schadensersatzrechts ist durch eine dreifache abzulösen: Gefährdungshaftung, Fahrlässigkeitshaftung, Vorsatz (Schuld-) Haftung »). Sull'insufficienza, se non proprio impossibilità, di una classificazione esaurentesi nel semplice elenco degli interessi protetti, ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 25; diversamente, ma non nella sostanza, v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., *passim*; e cfr., assai bene, LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 34.

Non sempre, infatti, sarà dato di percorrere la strada del possesso e dell'indebito, facendo leva sul testo di un articolo che, per un rimedio diverso dalla responsabilità, mostra di reprimere quello stesso comportamento pregiudizievole. Basta pensare alle azioni che mirano alla reintegrazione in un diritto, per accorgersi come la concessione di un provvedimento non sia sempre subordinata dalla legge alla presenza di un determinato grado di colpevolezza nell'agente; mentre l'esempio delle norme penali avverte come il criterio soggettivo da mutuare potrebbe spesso non risultare idoneo ai fini aquiliani [3].

---

[3] DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 133 e p. 138; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 8; SCHLESINGER, *La « ingiustizia »,* cit., p. 340.

Non sorprende che in un sistema improntato a principi di tipicità, qual è ancor oggi quello americano, possa essersi sviluppato con una certa ampiezza un dibattito sull'utilizzabilità ai fini della responsabilità civile dei criteri previsti nelle norme penali dei vari *Statutes* (per qualche riferimento, THAYER, *Public wrong and private action,* cit., p. 317 ss.; LOWNDES, *Civil liability created by criminal legislation,* cit., p. 361 ss.; MORRIS, *The relation of criminal statutes to tort liability,* cit., p. 453 ss.); ma una recente conclusione è che « where the violation of criminal statute is negligence, it does not follow that compliance with it is always due care. The statutory standard is no more than a minimum, and it does not necessarily preclude a finding that the actor was negligent in failing to take additional precautions » (PROSSER, *Handbook,* cit., p. 205), mentre da parte delle stesse corti quello *standard* è « simply adopted voluntarily, out of deference and respect for the legislature » (PROSSER, *op. cit.,* p. 193), risultando anzi respinto puntualmente ogniqualvolta « regarded as unreasonable » (MORRIS, *The relation,* cit., p. 460; oppure HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 1009); il che è ben naturale se si pensa che, già per le norme volte direttamente a disciplinare figure di responsabilità civile, « the existence of a statute does not prevent an action for common law negligence » (PROSSER, *op. cit.,* p. 203; analogamente, MORRIS, *op. cit.,* p. 453; ID., *The role of criminal statutes in negligence actions,* in *Col. law rev.,* 1949, p. 21 ss., 42; JAMES, *Statutory standards and negligence in accidents cases,* in *La. law rev.,* 1950, p. 95 ss.; per l'Inghilterra, Glanville WILLIAMS, *The effect of penal legislation in the law of torts,* in *Mod. law rev.,* 1960, p. 233 ss.).

È superfluo, d'altra parte, ricordare come la tesi di chi — ad esempio, BINDING, *Die Normen,* I, cit., p. 200; KIEFE, *Die Verhältnisse der « unerlaubten Handlungen » des B.G.B., §§ 823-853, zum Strafrecht,* cit., pp. 15-16 — riteneva che ad ogni illecito represso penalmente a titolo di dolo dovesse corrispondere un illecito civile a titolo di colpa, non sia riuscita ad ottenere grande fortuna in dottrina: in senso critico sono già i *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich,* Berlin u. Leipzig, II, 1888, p. 726 (« Wird nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, so kann die nur fahrlässige Handlung auf Grund des in dem Strafgesetzenthaltenden Verbotes nicht als widerrechtlich angesehen werden, unbeschadet

E ad ogni modo, in termini più ampi, un'espressa disposizione può mancare, senza che per ciò possa concludersi dover l'offeso subire la lesione [4], dal momento che nel nostro sistema la fonte della responsabilità extracontrattuale è sempre quella primaria e generale dell'art. 2043 cod. civ. [5].

Qui, d'altra parte, non v'è un riferimento che possa risultare decisivo ai fini della cernita del titolo, o anche solamente per la scelta fra addebito o meno al danneggiante. Così, per quel che attiene al paradigma con cui verrà accertata l'ingiustizia, il quale — limitandosi a richiedere un vaglio delle opposte posizioni — non offre che

---

der Bedeutung anderer Umstände »); e poi FELS, *Die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht*, cit., p. 15; cfr. poi gli autori citati *retro*, Cap. VIII, nota 9; nella nostra letteratura, BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., pp. 85-87.

[4] Così, invece, accettando proposte come quella di FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse*, cit., p. 341 ss., e in generale ogni lettura che, in un modo o nell'altro, pretendesse di far dipendere l'ingiustizia dall'esistenza di una qualche norma (arieggiando i motivi di quel secondo comma del § 823 BGB che non può aver ragion d'essere in un sistema di atipicità delle fonti qual è il nostro).

[5] Cfr. BRUGI, *Il delitto civile*, cit., p. 353; CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 160; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 63; FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo*, cit., p. 132, nota 49; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 11; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 92; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 452; ZICCARDI, *op. cit.*, p. 211 s. Analogamente, SOURDAT, *Traité*, I, cit., pp. 444-445; HUDELOT-METMAN, *Des obligations*, cit., p. 200; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, cit., p. 219; DE HARVEN, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, cit., p 265; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 427; SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 8; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 324; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 90 e p. 110.

L'insistenza sulla primarietà — riferita al rapporto giuridico fra danneggiante e danneggiato, o all'obbligo riparatorio che viene a gravare sul primo — è frequente anche presso gli scrittori tedeschi: ad esempio, DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, cit., p. 173; ID., *Das bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 67; KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 123; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutsch. Bürgerl. Rechts*, cit., p. 460, nota 37; BURCHARD, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 90; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 27; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 113 (« Jedenfalls ist so viel gewiss, dass, wenn die Schadenersatzpflicht an vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung geknüpft wird, die Schädigung als *verboten* werden muss »); SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 470; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 36; HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 66; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 391. Si veda anche v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, cit., p. 50.

la forma del giudizio: scontando anzi come una condanna non possa essere esclusa perché il caso è senza precedenti nel passato. Né basta far capo alla nozione di interesse giuridicamente rilevante, avviata a concretarsi in situazioni volta a volta specifiche e diverse, di cui ciascuna può dover essere violata in vario modo, secondo le occasioni, affinché il risarcimento sia plausibile.

Ciò vale anche per l'*alterum non laedere* che, essendo alla radice del problema, non può essere la chiave per risolverlo [6]: non vi sarebbe immunità se anche l'autore non meritasse talvolta protezione, né il codice porrebbe più criteri ove, all'interno della responsabilità, dovesse esservi un'unica frontiera su cui comporre le diverse ispirazioni. Né l'esito è migliore rivolgendosi al vario contenuto di quel termine secondo che a venire in discussione sia il rischio, la colpa o la malizia: al posto di un precetto di non nuocere avremmo indicazioni separate — dovere di condursi con prudenza, di agire senza spirito malevolo o di essere più attenti del consueto —, restando però ancora evanescente in base a quali dati si determini la norma che andava rispettata [7].

3. Di qui la preferenza ad un approccio che muova dallo spoglio dei fenomeni in cui si son tradotte quelle formule — spoglio interessato, ben s'intende, alle figure previste dalla legge, ma attento anche ai tipi giurisprudenziali, soprattutto alle ipotesi limite [8] — e li raggruppi secondo la visuale dei singoli criteri di imputazione: chiarendo ciò che ha indotto volta a volta a vincolare la responsabilità a questa o a quella forma di colpevolezza, e ricercando le possibili costanti tra elementi materiali della fattispecie e *ratio* in base a cui si è stabilito il comando opponibile all'agente [9].

---

[6] Così P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 427. Sostanzialmente, anche POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 1.

[7] Cfr. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 39.

[8] Sulle quali insiste particolarmente SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 12; ma già SACCO, *L'ingiustizia*, cit., cc. 1440-1441.

[9] Soltanto un equivoco potrebbe indurre a credere che ciò significhi negare o svalutare la giuridicità dell'art. 2043: se è vero, infatti, che « la realtà del diritto vive nel suo essere ' specifico '; viene cioè in considerazione nel momento dell'accertamento », « l'essenza delle fattispecie normative » non è affatto toccata dalla « formulazione ipotetica, cioè astratta e generica, delle leggi » (MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 584); ma, poiché a venire in considerazione è « un ' danno specifico ', e tale specificità, in un con la specificità della diligenza,

Posto che diverso sia il criterio, non potrà infatti non esservi un divario nell'assetto dei torti confrontati: e se è pacifico che non tutti i fattori dei casi con un titolo diverso dovranno distinguersi fra loro, o che a differenziare la struttura dei casi appartenenti ai vari rami non è sempre una stessa componente, è però logico vi siano concordanze tra ipotesi represse in modo analogo, così come non debbono mancare motivi comuni ad ogni illecito, visto che in tutti si giunge alla responsabilità [10].

Dovrebbe esser poi facile accertare la varia intonazione che possiede, secondo il criterio messo in opera, ciascuno dei fattori dell'illecito: si saldano così i diversi spunti in frasi di respiro generale, per cui è trascurabile il pericolo che troppe future controversie possano apparire indefinibili [11]. Più arduo, casomai, sarà il controllo di ciò che differenzia queste aree rispetto al territorio dell'irresponsabilità — un punto cui il dolo, destinato a fruire di maggiori trasfusioni, appare specialmente interessato [12]: ma il compito è comunque

---

caratterizza la fattispecie nella prospettiva della responsabilità », è soltanto « da questo angolo visuale che si può scorgere la realtà normativa » (MAIORCA, *op. loc. cit.*). Si vedano anche i rilievi di COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 145 ss.

[10] V. anche FICKER, *Interference with contractual relations*, cit., p. 156 (« Dem Richter wird bei dieser Wertung der Umstand zu Hilfe kommen, dass es sich in der Regel um typisches, häufig wiederkehrendes Verhalten handelt, das seiner Entscheidung unterbreitet wird. Diese Typizität ermöglicht es, Gleichartiges zusammenfassen, dadurch Fallgruppen zu bilden und dieses Zusammengefasste unter dieselbe Regel zu stellen. Dabei ist es durchaus möglich, dass sich Fallgruppe und Rechtsprechungsregel zu Tatbestand und Rechtsfolge einer neuen Norm verdichten »).

[11] Il « piano » dell'attenzione alle singole figure di responsabilità resta invece significativo per la definizione di problemi come quello relativo alla nozione di dolo rilevante, o l'altro concernente l'equiparabilità fra dolo e colpa grave. Sull'irrinunciabilità del livello della tipicità — per chi non voglia introdurre assimilazioni affrettate o categorie infarcite di eccezioni e sottoprecisazioni — cfr. SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, cit., p. 53 ss.; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 72; FORCHIELLI, *Anatomia dell'illecito civile*, cit., p. 602; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 372; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 26.

[12] Spunti non trascurabili, in tal senso, potrebbero trarsi dal dibattito, condotto soprattutto in Francia, sulla categoria dei c. d. diritti insuscettibili di abuso, o astratti, o discrezionali: quali, ad esempio, diritto di diseredazione (su cui *retro*, Cap. IV, nota 26), di concorrenza commerciale, diritto dei genitori di opporsi al matrimonio dei figli minori (MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, II,

meno serio dei rischi che può offrire uno strumento assunto senza alcuna distinzione [13].

4. Con ciò non si finisce per dar corso a una versione appena più corretta, ma nella sostanza quasi uguale, di certi binomi del passato, com'è ad esempio quello che distingue fra torto soggettivo ed

---

1, p. 420), del debitore di opporre la prescrizione del debito scaduto, della ragazza-madre di abbandonare il figlio all'Assistenza Pubblica (« il faut éviter — osserva ROUAST, *Le droits discrétionnaires*, cit., p. 15, nota 1 — qu'un acte de désespoir incite la mère à prendre un parti infiniment pire »), del proprietario di fare piantagioni a distanza regolamentare, di chiedere l'eliminazione delle piantagioni del vicino che non rispettano la distanza legale, o di tagliare i rami altrui sporgenti sul proprio fondo. Altre indicazioni, parzialmente diverse, possono essere offerte dal campo delle attività sportive violente, dove il danneggiante, se non ha violato le regole del « gioco », è spesso irresponsabile di un danno cagionato pur intenzionalmente (per tutti, PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti*, cit., p. 155 ss.: v. però anche *infra*, nota 75); oppure da un riferimento a quell'« accomplissement du devoir » con cui, non soltanto in Francia, si giustifica l'irresponsabilità per chi denuncia uno spettacolo o una pubblicazione immorale, un'infrazione alle leggi fiscali (SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 45, nota 7), il reato che qualcuno ha effettivamente commesso (AMES, *How far an act may be a tort*, cit., p. 414; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 456; *Restatement of torts*, III, cit., § 657 e § 668, comment *f* e *g*), o per chi fa circolare una petizione contro l'illegittima concessione di una pensione d'invalidità ad un funzionario (RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 178). Fra i settori oggetto di segnalazioni più insistenti, spicca poi la materia delle controversie di lavoro e del diritto di sciopero; in Inghilterra, ad esempio, le *trade unions* sono irresponsabili per qualunque danno anche doloso causato nel corso di un conflitto sindacale (così il *Trade Disputes Act*, 1906, s. 4, su cui FLEMING, *An introduction*, cit., p. 220, nota 1); e in Francia, rileva WALTON, *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 63, occorre risalire all'inizio del secolo per trovare sentenze che condannino i lavoratori sulla base del dolo; da noi, recentemente, MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero e il c. d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 49 ss., 59; GALLI, *Principi civilistici e diritto di sciopero*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 242 ss., 263. Per altri esempi, anche in materia contrattuale, VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 186 ss.; Ernst FREUND, *Malice and unlawful interference*, cit., p. 462; e più recentemente, ROUAST, *op. cit.*, p. 2; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 806 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, p. 368; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 243-244.

[13] « On the whole, there seems to be no greater difficulty in defining a right of security against malice or against interference than in defining a right of security against negligence, and the difficulty is probably less » (così, FREUND, *Malice*, cit., p. 464).

oggettivo [14], o l'altro che oppone colpa e rischio [15]: formule ove il campo dell'illecito risulta cioè scomposto in più sezioni, tante quanti sono gli strumenti utili a imputare un pregiudizio, prive di qualsiasi contatto.

Il dubbio, a prima vista, è forse lecito, qualche somiglianza esiste pure: ma — anche senza dire dell'aggiunta del dolo quale titolo possibile, aggiunta per sé sola sufficiente a escludere qualunque confusione — diversa appare proprio la maniera di intendere il ruolo dei criteri, e opposti addirittura i risultati sul punto dei rapporti fra i medesimi. Sia perché non si risolve l'intera responsabilità in quelle

[14] Per una critica a questa contrapposizione — difesa, ad esempio, da BURCHARD, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 78 — cfr. soprattutto NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit und Schuld*, in *Karlsruher Forum*, 1959, p. 3; GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 178 (che argomenta però sulla base di una pretesa irrilevanza della colpevolezza ai fini della sanzione, contraddicendosi subito dopo quando conclude — *ivi*, nota 8 — che il possessore è in torto o non in torto a seconda che sia in mala o in buona fede). Si vedano anche EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 195; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 89, nota 55; HELLNER, *Legal philosophy in the analysis of tort problems*, in *Scand. stud. in law*, 1958, p. 149 ss., 165.

Nella nostra letteratura, l'elaborazione della nozione di torto si deve principalmente a CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., pp. 17-18, che riservava l'espressione alla figura del danno « antigiuridico » o « risarcibile », contrapposto al danno in generale (v. anche *retro*, Cap. X, nota 68). Gli approfondimenti immediatamente successivi sono di ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 25 ss., il quale concludeva (pp. 68-69) per l'« inopportunità » di un simile riferimento, almeno nel diritto civile. Ma già VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 2, aveva notato che « la parola torto, come uno strumento arrugginito per lungo disuso, ha perduto la sua plasticità e la sua elasticità ». Per qualche accenno, FERRINI, voce « *Illecito* (*in genere*) », cit., p. 661.

È superfluo precisare che l'espressione « soggettivo », così com'è usata nel testo, deve intendersi riferita sia al dolo che alla colpa comprensivamente: l'adozione di una terminologia diversa — ad esempio, SCALFI, *Lezione di diritto privato, Parte speciale*, II, cit., p. 42: « La responsabilità per atto emulativo è, dunque, obiettiva, nel senso che il proprietario risponde patrimonialmente anche quando le conseguenze dannose siano state determinate da negligenza, imperizia o imprudenza » — si spiega facilmente nel contesto in cui avviene.

[15] Considera ormai esaurita la funzione che l'unificazione di varie ipotesi sotto l'egida del rischio ha assolto storicamente, TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 448; nello stesso ordine di idee, RESTA, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica*, cit., p. 487. In senso opposto però — e per l'opportunità di introdurre anzi una clausola generale intestata a quel criterio — OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 33 ss.; ID., *La respon-*

variabili, contrariamente a quanto fanno i vecchi schemi [16], né si esita ad ammettere che esistano profili comuni ad ogni ipotesi [17]: affermando soltanto che la qualità di essi può mutare a seconda del titolo considerato. Sia, d'altro canto, perché si riconosce che all'interno di uno stesso territorio convivono ragioni assai diverse [18], alle quali dovrà

sabilité civile, cit., p. 736. Si veda anche DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft*, cit., p. 153; ID., *Methode und Konzept der Gefährdungshaftung*, in *VersR*, 1971, p. 1 ss., 3; oppure LARENZ, *Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz*, cit., p. 597 ss.; da ultimo, esplicitamente, KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, cit., p. 19 ss.

[16] Ad esempio, RIPERT, *Préface* a Savatier, Traité, cit., p. XII (« Quand tous les esprits seront convaincus qu'il n'y a rien de commun entre l'idée de responsabilité fondée sur la faute et l'idée de réparation fondée sur le risque, une grande clarté pénétrera le droit civil »). Oppure DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 326; P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 318. Profetici, al confronto, gli accenni pur concisi di FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità civile*, 2ª ed., Roma, 1918, p. 129.

[17] « Wenn auch ein gemeinsam Prinzip fehlt, so lässt sich doch im heutigen Recht eine einheitliche Tendenz wahrnehmen: nach Ausdehnung der Möglichkeiten, dem Geschädigten einen Ersatzpflichtigen zu stellen, um hierdurch eine Korrektur des blind waltenden Schicksals zu erreichen » (così OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 29). È frequente anche il rilievo secondo cui la responsabilità civile, quale che sia il criterio su cui si fonda, assolve di regola la funzione di ridurre il pericolo di danneggiamenti (LUNDSTEDT, *Legal thinking revised*, cit., p. 69 ss.; v. CAEMMERER, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 587; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit, p. 39; HELLNER, *Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves*, in *Rev. int. droit comp.*, 1967, p. 779 ss., 782; ZACHERT, *Gefährdungshaftung und Haftung aus vermuteten Verschulden im deutschen und französischen Recht*, Frankfurt am Main-Berlin, 1971, p. 194). Su questo punto, si veda però *infra*, n. 9.

[18] Così, in particolare, gli scrittori che sottolineano la difficoltà di ricondurre o mantenere le varie ipotesi di « responsabilità oggettiva » — locuzione usata spesso, nel passato, per l'appunto in chiave sintetica: tra gli altri, SPERL, *op. cit.*, p. 3; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 745; RABEL, *Le vicende*, I, cit., p. 440; SWOBODA, *Die neue Gestaltung*, cit., p. 124 — sotto un'egida comune ed unitaria. In particolare, v. BONNOT, *Grundriss*, cit., p. 31; BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., p. 156; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 191; W. WUSSOW, *Systematik*, cit., p. 31; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., pp. 32-33; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., p. 150; MOLITOR, *Besonderer Teil*, cit., pp. 182-183; ERMAN (-DREES), *Handkommentar*, cit., p. 1679; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, p. 848 ss.; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 394, testo e nota 13. Nella nostra letteratura, MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 557; SCOGNAMIGLIO, *Recensione* a Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 524 ss., 528; ID., *Rischio e*

sempre fare capo chi s'interroghi sul *quia* di una condanna, o di una soluzione codicistica [19]: per cui non sono più che indicativi i termini con cui si vuol distinguere ciascuna delle zone d'influenza [20].

Non è poi secondario che a queste ultime si guardi come a tracce

---

impresa, in *Riv. dir. comm.,* 1967, I, p. 417 ss., 430 s.; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 132, nota 39; CATAUDELLA, *Recensione* a Comporti, cit., p. 1678; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 175 ss.; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità,* cit., p. 50; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 153. V. anche LUTHER, *Einführung in das italienische Recht,* cit., p. 65.

[19] Si vedano appunto, per quanto concerne l'area della colpa, i rilievi di ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., p. 96 (« Betrachten wir zusammenfassend den Wandel, den der Haftungsgrund des Verschuldens erfahren hat, so vermögen wir eine einheitliche juristische Rechtfertigung für die Schmälerung des Grundsatzes des Verschuldenshaftung nicht zu erkennen. Teils wird sie mit dem Hinweis auf das Versicherungsprinzip gegeben, teils werden arbeitspolitische Gründe ins Treffen geführt, teils wird das Eindringen in einen fremden Gefahrenkreis berufen, teils glaubt man das Gewicht des Verschuldens als durch die in die Augen springende Betriebsgefahr verdrängt, teils werden uns blanke wirtschaftliche Erwägungen dargeboten, teils ermangelt es der Rechtfertigung überhaupt »). Ma non è fuori posto anche un richiamo alle conclusioni di chi — ad esempio, DEUTSCH, *Fahrlässigkeit,* cit., *passim,* e comunque p. 310 ss.; LARENZ, *Über Fahrlässigkeitsmassstäbe im Zivilrecht,* in *Festschrift Wilburg,* Graz, 1965, p. 119 ss., 125; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 50; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte,* cit., p. 576 ss.; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* II, § 276, Bem. 15, p. 277 — risolve in maniera articolata il dilemma soggettività/oggettività della colpa, dal momento che tale lettura fa leva proprio sulla considerazione della particolare struttura del rapporto giuridico volta a volta esaminato.

[20] Cfr. anche SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 160; ID., *Faute et tort,* cit., p. 68; e si veda P. ESMEIN, *La faute et sa place,* cit., p. 488 ss., il quale documenta quanto fluida ed estesa sia la zona di frontiera tra i territori della colpa e del rischio. Analogamente (« unmerklich und fliessend ») Hans STOLL, *Das Handeln auf eigene Gefahr,* cit., p. 279; HALL, *Interrelations of criminal law and torts,* cit., p. 983; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 27; GROSSFELD, *Die Privatstrafe,* cit., p. 81; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 116; LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung,* cit., p. 379; ID., *Methodenlehre,* cit., p. 462; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.,* § 276, Bem. 16, p. 277; ISON, *The forensic lottery,* cit., p. 8; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung,* cit., p. 705; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 410; ZACHERT, *op. loc. ult. cit.*; KRAMER, *Das Prinzip der objektiven Zurechnung,* cit., p. 429 In generale, D. MANDRIOLI, *Recensione* a Voisenet, La faute lourde en droit privé, (Paris, 1934), in *Riv. dir. comm.,* 1935, I, p. 378 ss., 379; REINHARDT, *Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts,* cit., p. 180; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 50; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allg. Teil,* cit., p. 1273, nota 4; CARBONNIER, *Obligations,* cit., p. 371; KRUSE, *The foreseeability test,* cit., p. 105; MILLNER, *The retreat of trespass,* cit., p. 38.

da fissare mediante un appropriato censimento, e non come a realtà preesistenti all'opera di chi le definisce: diventa così facile e spontaneo resistere all'antica tentazione, cui spesso ha ceduto la dottrina [21], di porre su una scala di valori le varie ispirazioni che giustificano l'entrata in funzione dei criteri.

5. Con questo, non diremo sia migliore il punto di vista da cui muovono, nel volgersi a discorrere sul tema dell'unità della responsabilità civile, coloro che hanno messo in evidenza gli eccessi compiuti nel passato: o, almeno, troppo spesso la polemica trascina chi la intesse [22] a condannare la parte anche felice e originale espressa da quelle impostazioni — l'idea, cioè, per cui non tutti i canoni coi quali si identifica il chiamato, e quindi i binari concettuali che possono orientare il giudicante, rimangono immutabili a prescindere dal tipo di criterio utilizzato [23].

---

[21] Ad esempio, e concludendo per la superiorità del « rischio » sulla colpa, Julius v. GIERKE, *Grundfragen,* cit., p. 153 ss.; BOUILLENNE, *La responsabilité civile,* cit., p. 160; ISON, *op. ult. cit.,* p. 7 ss.; CALABRESI, in *Yale law journ.,* 1975, cit., p. 668 ss.; CALABRESI e HIRSCHOFF, *Toward a test for strict liability in torts, ivi,* 1971-72, p. 1055 ss.; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery,* cit., p. 774 ss. E si veda VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 281.

In senso opposto, invece, PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 276; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 87 ss.; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 643; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 334; G. RIPERT, *Préface* a Savatier, Traité, cit., p. X; FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., p. 6.

[22] Con vari accenti, GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 213 ss.; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 149; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 330.

[23] È l'idea che, sin dalla fine del secolo scorso, contrassegna gran parte degli sforzi tesi a rivendicare una configurazione tecnica autonoma alla responsabilità senza colpa: e che si è espressa in varie distinzioni e contrapposizioni, da quella più antica e ormai desueta fra responsabilità per colpa e responsabilità fondata sulla causalità materiale, alle altre successive e ricorrenti di chi oppone la nozione di « responsabilità » a quella di « garanzia », l'« illecito » al « rischio », al « pericolo » o al « profitto », la « responsabilità » all'« obbligazione legale », la giustizia « commutativa » a quella « distributiva », e via di seguito. Ma è insieme l'ispirazione di coloro che, sul piano formale o sostanziale, mirano ad individuare alcune diversità di ruolo nell'ambito della responsabilità soggettiva: di chi, ad esempio, distingue fra il modo in cui colpa e dolo operano all'interno della fattispecie, concludendo che la prima va tenuta distinta dall'antigiuridicità, mentre il secondo vale a qualificare direttamente il fondamento della ingiustizia (MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 605);

Si afferma che, accogliendo questa tesi, sarebbe oltre misura ingigantito il peso del dolo e della colpa, e quindi compromessa in proporzione la saldezza dell'istituto aquiliano: il rischio diverrebbe allora quello di gravi storture e dispersioni, intanto sul terreno generale, e poi nella concreta soluzione di tutti i problemi appena insoliti; un esito anzi tanto più sicuro, attesa la vaghezza della clausola, l'estrema scarsità di mezzi tecnici o la disabitudine a ricorrervi, e date anche le ricche implicazioni di ordine ideale e filosofico offerte da ogni opzione nell'illecito [24].

---

oppure di chi afferma che la diversità del grado di colpa è idonea a determinare una diversità di fattispecie (TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito,* cit., p. 65); o, ancora, di chi sostiene che la norma sull'illecito colposo debba esser concepita come distinta rispetto a quella sull'illecito doloso, e, in relazione a detti illeciti, conclude per « l'esistenza di fattispecie tra loro autonome e non di diversi modi di realizzare lo stesso tipo di illecito » (CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 173).

[24] « No decision in the law of torts — scrive, ad esempio, SALMOND, *Law of torts,* 11ª ed., London, 1953, p. 22, a proposito di *Rylands* v. *Fletcher* — has done more to prevent the establishment of a simple, uniform, and intellegible system of civil responsibility ». Ma già VENEZIAN, nel difendere la propria opinione circa l'esclusività della responsabilità oggettiva, osservava sul fronte opposto: « Non è senza gravi pericoli che si lascia esposto l'edificio del diritto civile agli assalti del dubbio filosofico, mostrandone come base il principio dell'imputabilità morale. Non è senza gravi pericoli che si mantiene questo contrasto di troppo antica data fra il principio formale e le applicazioni reali della responsabilità » (*Danno e risarcimento,* cit., p. 110). Si vedano anche REINHARDT, *Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts,* cit., pp. 180-185; ORLANDO CASCIO, *Teoria della responsabilità per colpa,* cit., p. 56; MARTON, *Versuch eines einheitlichen Systems,* cit., p. 35 ss.; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 543 (« ... non sarebbe logicamente corretto ravvisare due diversi fondamenti... secondo che la responsabilità sia fondata sulla colpa... ovvero sull'elemento oggettivo del danno »). Tra i nostri scrittori più recenti, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 126, il quale parla di « un contrasto di discipline, che non sarebbe soltanto inestricabile sul piano scientifico, ma certamente pernicioso per un ordinato regolamento dei rapporti sociali »; TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito,* cit., p. 262; DEVOTO, *La concezione analitica,* cit., p. 502 s. Una « inammissibile dualità del concetto di responsabilità » è paventata da COMPORTI, *Esposizione al pericolo,* cit., p. 34 e p. 249 ss.; ID., *La responsabilité civile,* cit., p. 832; da ultimo, LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 66. Timori analoghi non sono estranei, del resto, alla posizione di chi, pur riconoscendo le differenze di ordine pratico che comporta la presenza del dolo rispetto alla colpa, cerca di giustificarle come semplici variazioni quantitative nell'applicazione di uno stesso principio (ci si riferisce, in particolare, a P. ESMEIN, *La faute et sa place,* cit., p. 484).

Il monito vuol esser di principio, alcuni rilievi si giustificano e possono venire condivisi: ma, almeno nei termini proposti, e specie nel rifiuto conclusivo, la critica non sembra indovinata.

È dubbio, innanzi tutto, il fondamento di quella potestà che ci si arroga nel credere possibile una scelta: e, infatti, se una certa prospettiva discende dall'esame dei fenomeni, volerla ignorare o disconoscere è inutile, ancor prima che scorretto [25]; ciò a maggior ragione ove il ripudio, com'è nella dottrina in discussione, pretenda di basarsi sopra un calcolo di mera convenienza costruttiva. D'altronde, l'unità può essere un bene quando abbia un contenuto positivo, non certo perché valga in quanto tale: così, un profilo deve giudicarsi secondo il suo merito specifico, e non per la misura in cui può urtare questo o quel sistema di certezze [26].

Non può esservi nemmeno comprensione per le preoccupazioni degli interpreti, o almeno per il tono pessimistico che mostra di informare quei pronostici: malgrado i non pochi cambiamenti, l'aumento dei danni riparabili, il numero crescente di esigenze, l'illecito ha serbato in questo secolo una fisionomia abbastanza stabile: e il sorgere di nuove imputazioni, che è stato pur l'evento più notevole fra i tanti dell'ultimo periodo, non ha determinato spaccature nel seno del codice civile, ma solo la comparsa di altri testi accanto agli articoli già noti. D'altronde, anche i distacchi sopraggiunti non sono risultati poi all'origine di drammi o di tardive nostalgie: se è vero, com'è vero, che nessuno rimpiange la passata dipendenza di quella concorrenza sleale che, in Francia, è repressa ancora oggi sulla base dell'art. 1382 del *code Napoléon* [27].

---

[25] Assai precisi i richiami di STARCK, *Essai d'une théorie,* cit., *Introduction,* p. 9 e p. 13.

[26] È proprio RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 97 ad ammonire che « dall'affermazione di alcune conseguenze... non si può argomentare l'inesistenza di un principio, la constatazione della cui esistenza sfugge ad ogni giudizio di valore ».

[27] Cfr. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 77. Al massimo, ci si limita a far notare che disposizioni come il nostro art. 2600 sono superflue (DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 87, che trascura però di domandarsi se, in mancanza di quella norma, la responsabilità non sarebbe ammissibile già alla stregua dei criteri che qualificano la slealtà dell'atto concorrenziale). Sul punto, anche v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 454, il quale accenna agli inconvenienti che può generare l'assenza di una disciplina specifica sulla concorrenza. Da ultimi, SCHRICKER, *Gesetzesverletzung,* cit., p. 139 ss.; P. G. JAEGER, *Valutazione comparativa,* cit., p. 125, al quale si rimanda per ulteriori richiami.

Né, infine, larghezza di principi e gamma di risvolti anche politici appaiono inferiori in altri campi: così ad esempio per la proprietà, dove esistono non poche differenze, tra i singoli regolamenti dei beni, ma in cui pur non si constatano rotture fra chi ritiene più significativo contrapporli, e chi crede invece che la definizione dell'art. 832 cod. civ. mantenga un valore rappresentativo per tutti [28]; e potrebbe rammentarsi anche il contratto, dove gli sforzi di distinguere fra i tipi non sono certo intimiditi da un invito a restare entro il quadro predisposto dagli artt. 1321-1469 cod. civ.

6. La realtà è che, se, per spiegare tali allarmi, si ripensa all'occasione che li ha espressi, viene in luce abbastanza chiaramente il carattere insincero e strumentale dello stesso richiamo all'unità: e cioè il fatto che, con essa, non si invoca uno specchio in cui son stati già riflessi gli elementi comuni a ogni figura, ma piuttosto un argomento per combattere risultati e posizioni che dispiacciono — e a tal fine, unicamente, la si addita quale soglia invalicabile all'interprete.

Oltre tutto, la vaghezza di confini, di cui soffre in qualche modo la materia, ha l'effetto di lasciare a questo simbolo una certa povertà di contenuto: permettendo, così, appelli assai discordi, fra gli autori interessati a una lettura rispettosa delle proprie ideologie [29]. Onde accade che taluni siano pronti a contestare la responsabilità oggettiva [30], in nome di quei valori di moralità e individualità nei quali si

[28] Sul punto, recentemente, COSTANTINO, *Profili « fondamentali » della proprietà*, in *Studi Senesi*, 1971, p. 351 ss., 373.

[29] Cfr. le esatte osservazioni di V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 209.

[30] Con particolare asprezza, tra gli altri, FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 738; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, I, cit., p. 114 ss.; SALMOND, *Law of torts*, cit., pp. 19-20; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, cit., p. 211; SPILMAN, *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile*, cit., p. 107 ss.; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 29 ss.; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., *Préface*, pp. 2-3 e testo p. 7 ss.; RIPERT, *Préface* a Savatier, Traité, cit., p. IX; BAYNE, *Conscience, obligation and the law*, Chicago, 1966, p. 149 ss. Più moderatamente, H. ROGERS, *Trouble with learners*, in *Cambr. law journ.*, 1972, p. 27. Si vedano pure SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., p. 412; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., II, 1, pp. 69-70; PEZZELLA, *Il fondamento della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica romana*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 531 ss.; H. MAZEAUD, *La faute dans la garde*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1925, p. 793 ss.; MESTRE, *Morale et obligation civile*, *ivi*, 1926,

è postulata l'essenza dell'istituto [31]; mentre ad altri nulla vieta di puntare sui compiti distributivi del risarcimento, per dedurre l'inammissibilità in questo campo di ogni profilo afflittivo e sanzionatorio [32].

Animati da intenzioni non dissimili, e partecipi di uguali pregiudizi — in quel credere a una piena coincidenza fra le giustificazioni di ogni torto [33] —, i due estremi finiscono in tal modo per toccarsi e coincidere fra loro [34]: come sembra anche avvertire il pari

p. 51 ss. e pp. 55-56; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 424; DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., pp. 269-271; ORLANDO CASCIO, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 428 ss. In base a premesse pur diversissime, BLEY, *Schadensersatz*, cit., p. 108 ss.

[31] Son queste anche le motivazioni prevalenti di chi, una volta ammessa la presenza nel nostro sistema di ipotesi di responsabilità obiettiva, conclude nel senso del loro carattere eccezionale, sottolineando esplicitamente l'impossibilità di ogni estensione analogica. Ad esempio, QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito*, cit., p. 125; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, cit., p. 476; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, cit., p. 13; ID., *Il danno*, cit., p. 119 ss., specialmente p. 137 ss. In termini più generici, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 154, nota 1. Si vedano pure LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., p. 48; RUTSAERT, *Le fondement*, cit., pp. 62-63; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 210 ss.; E. BOEHMER, *Anwendung von § 829 BGB bei ausserdeliktischen Schadensersatzfallen*, cit., p. 865.

[32] VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cit., p. 41 ss.; WÜRDINGER, *Zwangshaftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge*, in *Deutsches Recht*, 1937, p. 60; DE JUGLART, *Cours*, cit., II, p. 204; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 29 ss; PETTOELLO MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 58 ss.; RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 54; COMPORTI, *Esposizione al pericolo*, cit., p. 34; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., pp. 64-65; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 131; MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens*, cit., p. 97 ss. (che costruisce tutto il suo discorso dichiarando di « prescindere dal § 826 »); LIPARI, *Una ricerca per l'insegnamento del diritto « privato »*, nel vol. collettaneo *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, cit., p. XX; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, cit., p. 58 ss.; KRAMER, *Das Prinzip der objektiven Zurechnung*, cit., pp. 428-429; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 360 ss.; PUECH, *L'illiceité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, cit., p. 78 ss.; ALPA, *op. cit.*, p. 325 ss.

[33] Indicativa, in tal senso, la posizione di BUTTIN, *Usage abusif du droit*, Grenoble, 1904, p. 157. Oppure, recentemente, MERTENS-REEB, *Grundfälle*, cit., 1971, p. 410. Non è raro poi l'invito ad apprezzare l'avvenire dell'intera responsabilità civile in funzione dei meccanismi di riparazione collettiva del danno (VINEY, *Le déclin*, cit., p. 188, che ritiene essenziale il ruolo della colpa solo per quanto concerne il rapporto interno fra tali organismi e il danneggiante; e, in generale, *retro*, cap. X, nota 98).

[34] E, non di rado, un curioso scambio delle parti spinge autori, i quali hanno assunto posizioni di un certo tipo sul terreno dei principî, a voler

impegno con cui viene ossequiato o svalutato, a seconda del tra-

---

sopravanzare i loro stessi interlocutori sul piano delle soluzioni di dettaglio. Onde accade, ad esempio, che chi ha insistito con maggior forza sull'iniquità di considerare lecito l'esercizio malizioso di un diritto, o sull'importanza del profilo etico nella decisione sulla nascita della responsabilità, sia poi lo stesso che più si sforza di ribadire la validità del dogma dell'invariabilità dell'ammontare del risarcimento (RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 241; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 30; la « contraddizione » è rilevata espressamente da STARCK, *Domaine et fondement,* cit., p. 508; ma già VENEZIAN, *op. cit.,* p. 306, nel respingere il noto punto di vista di Ihering, dichiarava di considerarlo molto « più logico di quelli che ammettono in principio la correlazione fra responsabilità e colpa, e le negano qualunque influenza sulla misura del risarcimento »; si veda pure CARNELUTTI, citato *retro,* cap. I, nota 4; e ancora HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 754; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,* cit., p. 390; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 253; LAWSON, *Negligence in civil law,* cit., p 64; ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 195); mentre, a rivendicare più energicamente un proporzionamento fra *quantum* e gravità della colpa, è spesso proprio chi avrà cura poi di sottolineare l'inopportunità di dare risalto al dolo sotto il profilo dell'*an respondeatur* (LAURENT, *Principii,* XX, cit., p. 309; v. BONNOT, *Grundriss,* cit., p. 31; TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 176). E, così pure, è chi ha respinto con maggior forza l'assioma tradizionale « nessuna responsabilità senza colpa », a profondere magari più impegno nella confutazione della regola « in lege Aquilia et laevissima culpa venit » (UNGER, *System,* II, cit., pp. 237-240; CARNELUTTI, *Appunti,* cit., pp. 310-311; *Restatement of torts,* II, cit., § 282, comment *e,* p. 741; OFTINGER, *op. ult. cit.,* p. 133; ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., p. 87), o del principio secondo cui tutte le caratteristiche personali del danneggiante sarebbero indifferenti ai fini dell'accertamento della colpa (UNGER, *op. ult. cit.,* p. 244; MARTON, *Versuch,* cit., p. 80; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte,* cit., p. 574 s.; WIETHÖLTER, *op. cit.,* pp. 32-33; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 111), o del canone « *jamais moins, jamais plus* » nella determinazione del risarcimento (VINEY, *Le déclin,* cit., p. 311; oppure M. RÜMELIN, *Schadenersatz ohne Verschulden,* cit., p. 20; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 240; Julius v. GIERKE, *Grundfragen,* cit., p. 161; MARTON, *Versuch,* cit., p. 73); mentre autori che hanno dichiarato di guardare con sospetto o di voler respingere le prospettive del « rischio », non temono poi di propugnare criteri sostanzialmente obiettivistici come quelli che risultano da quella prima massima (LAURENT, *op. cit.,* XX, p. 374; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 263; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 116; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 108 e p. 142; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *op. cit.,* II, p. 220; BONFANTE, *Criterio fondamentale,* cit., p. 534 e p. 550; GIRAUT, *L'apparence, source de responsabilité,* Paris, 1937, p. 122; VERGA, *Errore e responsabilità,* cit., p. 126; BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 834; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 32 e p. 287 ss.; RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 242; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 304 ss., sia pur limitatamente ai comportamenti che minacciano il « *domaine garanti* » della persona), o dal secondo dei detti orientamenti (POPESCO-ALBOTA, *Le droit*

guardo rispettivo, qualsivoglia insegnamento debitore della propria autorità alla tradizione [35].

Poco importa se da un lato si teorizza ciò che è proprio della *ratio* di un criterio — ossia di un termine necessariamente mutevole — e dall'altro si dichiara di far leva sopra aspetti comuni a ogni fenomeno: anche qui la conclusione è tendenziosa, dal momento che prevede l'ostracismo a motivi senza i quali certi esiti, che il sistema pur ammette espressamente, riuscirebbero impossibili a spiegarsi. E la stessa indifferenza o incomprensione per il significato liberatorio della fine del primato della colpa — libertà che, se dev'essere affermata, non può certo operare a senso unico, ma va estesa a qualsiasi criterio — toglie pregi a una battaglia sostenuta per ampliare le frontiere della responsabilità [36].

---

d'option, cit., p. 42 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 374; BRASIELLO, *op. cit.,* p. 311; DE HARVEN, *Mouvements généraux,* cit., p. 271; ORLANDO CASCIO, *op. cit.,* p. 57; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 433 ss.; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 165). Nel che ci sembra di dover leggere non soltanto, a seconda dei casi, un segno di incoerenza, o la testimonianza di un eccesso di disinvoltura, o una prova di reale equilibrio, o una concessione necessaria per salvare costruzioni pericolanti (cfr., variamente, MAIORCA, *Colpa civile,* cit., pp. 550-551; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 40; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 14; FLEMING, *The role of negligence,* cit., p. 817; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 89), quanto proprio la conferma del carattere nominalistico, o del valore solo logico-formale, di tanti contrasti e enunciazioni.

[35] Da un lato, ad esempio, DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 118, nota 13 e p. 141 ss.; dall'altro SWOBODA, in tutti i suoi lavori sulla responsabilità, più volte richiamati in precedenza.

[36] Sull'espansione che la responsabilità civile ha conosciuto nell'ultimo secolo, si vedano ad esempio CHARMONT, *Les transformations du droit civil,* cit., p. 233 ss.; WINFIELD, *The foundation of legal liability,* in *Col. law rev.,* 1927, p. 1 ss., 10-11; GREEN, *One hundred years of torts,* cit., p. 44 ss.; *Restatement of torts,* I, cit., p. 4; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 7 ss.; CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 8; Eike SCHMIDT, *Fahrlässigkeit und Rechtfertigung im Bürgerlichen Recht,* Freiburg, 1966, p. 56 ss. Un eccellente punto di riferimento, fra i tanti possibili, è dato dal confronto tra la lista dei « *sonstige Rechte* » stesa da ZITELMANN all'inizio del secolo (*Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., pp. 25-26), e l'elenco offerto invece dai più recenti commentari tedeschi (*retro,* Cap. IX, nota 63) .

Quanto al commento intorno a questo sviluppo, esso è di solito positivo, con la ricorrente motivazione dei più ampi margini di sicurezza che in tal modo sono stati assicurati alla collettività: in particolare, fra i tanti, JOSSERAND, *Le transports,* Paris, 1910, p. 457; BOHLEN, *Fifty years,* cit., p. 725 ss.; SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi,* cit., p. 1284; SEAVEY, *Cogitations on*

7. Non son questi certamente gli obiettivi di chi, senza alcun proposito recondito, sia davvero interessato a un chiarimento sul carattere unitario degli illeciti [37]; né il problema può esser di salvaguardare contro varie e forse scomode ragioni, ravvisabili peraltro nei fenomeni, una sorta di geometrica purezza nella « cultura » della responsabilità [38].

---

torts, cit., p. 5 e p. 21; MOLITOR, *Bes. Teil,* cit., p. 208; Ludwig RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz,* cit., p. 154; DISTASO, *Le obbligazioni,* cit., p. 432; v. CAEMMERER, *Bereicherung,* cit., p. 336; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 19 ss.; OFTINGER, *op. ult. cit.,* p. 29; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 26; RINCK, *Gefährdungshaftung,* Göttingen, 1959, p. 33; FLEMING, *An introduction,* cit., *passim,* e ad esempio p. 90 (in relazione a *Donoghue* v. *Stevenson*); P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico,* cit., p. 319; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 356; STREET, *The law of torts,* cit., p. 6; WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 817.

Negativamente, invece, RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 216, il quale si rammarica « qu'une génération nouvelle, qui a été tout d'abord ardente aux sports, puis lancée dans la guerre, et qui a compris la valeur de l'initiative » non sia stata « plus désireuse d'action que de sécurité »; oppure DE PAGE, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 875; DE HARVEN, *Mouvements généraux,* cit., p. 276; RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 6, che giudica il fenomeno come un effetto dell'« affaiblissement des idées religieuses de renonciation dans ce monde et de soumission aux desseins de la Providence ou aux hasards du sort ». In termini notevolmente diversi, Glanville WILLIAMS, *The risk principle,* cit., p. 180.

[37] Cfr. i rilievi di TUNC, *Préface* a Viney, Le déclin, cit., p. V. E si riveda GENY, *Risques et responsabilité,* cit., p. 842. Assai equilibrato GAUDEMET, *Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1927, p. 893 ss., pp. 909-910. Per qualche accenno, SWOBODA, *Die neue Gestaltung,* cit., p. 121 (« Hier handelt es sich nicht um Fragen der Ästhetik, sondern um eine gerechte Lösung der vielseitigen Probleme, die uns das Leben beschert... »). Da ultimi, GITTER e SCHNAPP, *Erhöhte Verantwortung der Allgemeinheit für Personenschäden als Problem sozialer Sicherung,* in *Juristen Zeitung,* 1972, p. 474 ss., 478.

[38] Una preoccupazione del genere sembra essere invece alla base di non poche fra le prese di posizione di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile,* cit., come traspare, ad esempio, dalla lettura che l'a. fornisce dell'art. 833 (p. 101), dall'insistenza su un'indimostrata « coerenza interna del sistema di responsabilità civile » (p. 71), dall'affermazione generale per cui il comportamento sarebbe « sempre preso in considerazione nelle sue componenti oggettive, come dato fenomenologico » (p. 169), dalla conclusione secondo cui una « costruzione secondo punti di vista diversi » non sarebbe possibile in un sistema che prevede una clausola di responsabilità (p. 151), dall'abbandono del riferimento alla categoria dell'illiceità giustificato quasi esclusivamente col richiamo a una pretesa irrilevanza dell'azione o della volontà, sino a conclusioni

Importante sarà invece che si dica qual è il tratto necessario e sufficiente a distinguere il rimedio *ex lege Aquilia* dalle azioni con cui, sul piano pratico, esso rischia talora di confondersi; e se esista un elemento utilizzabile quale massimo comune denominatore fra le diverse figure di risarcimento, tale quindi da potere essere offerto come limite sicuro per il giudice.

A tal fine, non occorrono crociate e non servono rimandi aprioristici [39]: l'esigenza è pienamente soddisfatta col richiamo ai due termini del danno, presupposto materiale dell'azione [40], e dell'obbligo [41]

---

come quella secondo cui l'esistenza dei danni anonimi obbligherebbe a ritenere tramontata la funzione preventiva del risarcimento anche nell'ambito dei criteri soggettivi, o come l'altra per cui la circostanza che non pochi rischi individuali siano oggi socializzati condurrebbe « ad una modificazione delle stesse componenti della fattispecie, non soltanto per le ipotesi precedentemente previste, ma pure per quelle tradizionalmente considerate » (p. 36 e p. 55).

[39] Sul carattere « platonico » di molte dispute — data la concordia, nelle soluzioni pratiche, degli antagonisti — insiste particolarmente STARCK, *Essai,* cit., *Introduction,* p. 8 (« On concède tout en fait pourvu qu'on adhère à un certain système philosophique »). Si vedano anche ESSER, *Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts,* in *JZ,* 1953, p. 129 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto,* cit., p. 209. Da ultimo, acutamente, FLETCHER, *Fairness and utility,* cit., p. 540, testo e nota 12.

I limiti di alcune forzature oggettivistiche — proprie, ad esempio, di WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 45 ss. e p. 58 — sono ben colti da v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte,* cit., p. 576; e già WAHL, *Grundfragen,* cit., p. 18; o, ancora, ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., pp. 70-71 (pur se è curioso che lo stesso rimprovero fosse stato rivolto dallo stesso Wiethölter proprio ad Esser; ma il recente appunto di quest'ultimo non ci sembra ingiustificato, anche se il limite maggiore della monografia di W. — una fra le più brillanti apparse in Germania nell'ultimo quindicennio — deve vedersi piuttosto in una certa contraddittorietà fra il significato notevolmente ampio che viene fornito alla presenza di diversi criteri di responsabilità, e le formule riduttive in cui l'autore pretende alla fine di rinchiudere il destino dell'intero istituto).

[40] J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts,* cit., p. 969; GIUSIANA, *Il concetto,* cit., p. 2 e pp. 40-41; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 73; CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 70, nota 145; ZIPPELIUS, *Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht,* in *NJW,* 1957, p. 1707; LARENZ, *Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip,* cit., p. 865; OFTINGER, *op. ult. cit.,* p. 47; BYDLINSKI, *Mittäterschaft im Schadensrecht,* cit., p. 430; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 6; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 638.

Quanto al carattere di « materialità » cui si fa cenno nel testo, appare superflua qualsiasi precisazione: che il (concetto di) danno non abbia natura giuridica, è un dato acquisito presso gli scrittori di tutti i paesi (cfr., ad esempio, v. TUHR, *Recensione* a H. A. Fischer, Der Schaden, cit., pp. 63-64;

alla sua riparazione per chi viene dichiarato responsabile [42].

Sul piano interno, questi due riferimenti varranno intanto ad impedire che la reazione di biasimo morale, per il gesto di chi ha

---

GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, cit., p. 256; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse*, cit., p. 353; SCADUTO-RUBINO, voce « *Illecito (Atto)* », cit., p. 706; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 6; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 562; PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 250).

[41] Per l'attribuzione del danno alla « fattispecie », e dell'obbligo risarcitorio alle « conseguenze giuridiche », SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., p. 405; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 263 e p. 275; ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 44; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 547; GERMANN, *Zur Lehre*, cit., p. 149; DI PRISCO, *Concorso di colpa*, cit., p. 246. Ma su questi problemi, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 214 ss.; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 97; HENLE, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, Allgemeiner Teil* cit., p. 29 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; ancora ENGISCH, *op. cit.*, p. 50 ss.; CATAUDELLA, voce « *Fattispecie* », in *Enc. del dir.*, XVI, 1967, p. 926 ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., *passim*, e comunque p. 438; PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972, p. 29 ss.; Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 201 ss.

[42] In presenza di tali elementi si verserà cioè sempre nell'ambito dell'ordinaria responsabilità extracontrattuale, senza bisogno o possibilità di specificazioni tecniche ulteriori; non più che un generico valore descrittivo può riconoscersi pertanto all'espressione « responsabilità processuale » (ex art. 96 cod. proc. civ.), non certo quel significato pratico-sistematico al quale sembra credere la giurisprudenza allorché insiste nel contrapporla alla « responsabilità aquiliana » ex art. 2043 cod. civ. Ciò è particolarmente chiaro a chi scorra le motivazioni di quelle sentenze incerte se un determinato caso vada ricondotto all'art. 96 cod. proc. civ., 2° comma, oppure all'art. 2043 o ancora all'art. 21 l. fall. — tutte le disposizioni che prevedono una eguale rilevanza della colpa lieve —: ma la conclusione non cambia per il 1° comma dell'art. 96 cod. proc. civ., nel quale si deve ritenere che il legislatore, com'è d'altronde avvenuto altrove, abbia voluto semplicemente individuare un'ipotesi in cui la clausola generale è applicabile entro il limite soggettivo del dolo o della colpa grave. Non sono, del resto, caratteristiche esclusive della « responsabilità processuale » — per rifarci agli argomenti con cui se ne difende abitualmente l'originalità — lo sviluppo storico peculiare e tormentato, il fatto che l'introduzione di una norma apposita abbia dissolto alcune perplessità da cui erano stati assillati i giudici in precedenza (con il più impreciso art. 370 del vecchio codice di rito), la circostanza che l'obbligazione riparatoria inerisca ad un'attività per se stessa legittima: né in senso opposto basterebbe ad orientare la considerazione che i danni ex art. 96 cod. proc. civ. debbano essere chiesti al medesimo giudice dinanzi al quale si è svolta la causa ove si è manifestato il dolo o la colpa grave del litigante (per richiami di qualche recente pronuncia giurisprudenziale che ha abbandonato la distinzione, cfr. ad ogni modo LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 327, nota 92).

inteso recar danno, possa tradursi in una condanna risarcitoria più estesa rispetto all'ammontare effettivo del pregiudizio [43]; così com'è da escludere l'eventualità di una riparazione contenuta entro una misura inferiore rispetto all'entità della lesione [44], solo per essere scusabile e leggera la colpa addebitabile all'agente [45].

Soluzioni del genere, per aver luogo nel nostro ordinamento, dovranno assicurarsi qualche appiglio su terreni diversi da questo della responsabilità extracontrattuale; e s'intende che anzi l'ultima è possibile soltanto ove qualcuno, tra i requisiti della fattispecie illecita, risulti insussistente in quell'ipotesi.

Esternamente, ne deriva invece che il giudizio sull'ammissibilità dell'azione aquiliana non potrà mai farsi dipendere dalla considerazione che, contro l'atto all'origine del danno, è già prevista da parte del sistema qualche forma più diretta di intervento: sia, poi, codesto mezzo di reazione un provvedimento di natura penale, amministrativa, disciplinare [46], oppure solo un rimedio privatistico che

---

[43] Cfr. BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 177; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 108; CUENDET, *La faute contractuelle*, cit., p. 251; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 130. Sul punto, anche gli autori citati *retro*, Cap. III, nota 13.

[44] Eventualità che può invece verificarsi in quei sistemi dove al giudice è riconosciuto il potere di misurare il risarcimento secondo il grado di colpa o in base ad altre circostanze (*retro*, cap. VIII, n. 2). Altra linea di tendenza è quella che, nel campo delle lesioni personali, mira all'allargamento dell'area della responsabilità oggettiva proprio riducendo l'ammontare del risarcimento, così da assicurare il sollievo delle prime necessità elementari della vittima, e limitando d'altra parte il peso che la collettività sopporta nella ridistribuzione degli effetti del danno; anche nell'ambiente statunitense e canadese, dove sono state formulate in ripetute versioni, specie in questi ultimi anni, proposte del genere stentano però ad avere traduzioni pratiche significative. Si vedano comunque TUNC, *L'indemnisation des dommages corporels accidentels. Les lois nord-américaines et néo-zélandaise*, in *Rev. int. droit comp.*, 1973, p. 680 ss.; PALMER, *Compensation for personal injury: a requiem for the common law in New Zealand*, in *Am. journ. comp. law*, 1973, p. 1 ss.; per l'Europa, PFENNIGSTORF, *Unification of the protection of traffic victims in Europe, ivi*, 1966-67, p. 436 ss.

[45] La escludono appunto BRASIELLO, *op. loc. ult. cit.*; TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*

[46] Cfr. già PUCHTA, *Vorlesungen*, II, cit., p. 92; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, VI, cit., p. 372; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 430. E in seguito, CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 57; BECKER, *Kommentar*, cit., pp. 197-198; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 44. Nella letteratura più recente, CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 83; SALMOND, *Law*

l'offeso abbia il potere di esperire [47].

Purché non manchi uno dei termini richiesti, sarà cioè sempre possibile il concorso [48] fra azione ex art. 2043 ed azione tendente a ottenere, per esempio, il riconoscimento di un diritto, la cessazione

---

of torts, cit., p. 8; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 528; H. e L.
MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 8; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 605;
ID., *Fatto giuridico - Fattispecie*, cit., p. 133; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*,
cit., pp. 8-9; STREET, *The law of torts*, cit., p. 268; CANNADA-BARTOLI, voce
« *Illecito* (*dir. amm.*) », in *Enc. del dir.*, XX, 1970, p. 120.

[47] In generale, POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 193; JENKS, *Digeste*,
I, cit., p. 253; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 213 e p. 538; *Restatement of*
torts, IV, cit., § 951; CASETTA, *op. ult. cit.*, p. 72; TUCCI, *Il danno ingiusto*,
cit., p. 43 ss. e p. 179 ss.; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 397.

[48] Di « concorso » si dovrebbe in realtà parlare — come avverte la stessa
etimologia — soltanto « allorquando un soggetto è legittimato a far valere in
giudizio un medesimo fatto sotto diversi profili giuridici; più particolarmente,
quando un solo fatto attribuisce ad un soggetto una pluralità di mezzi di tutela
volti ad un medesimo fine » (così LUPOI, *Il dolo*, cit., p. 303, ove altri
richiami di dottrina). Non dunque, com'è naturale, per il caso di provvedimenti
ricollegantisi a cause materiali diverse, dove un problema di incompatibilità
non si può neppure prospettare; ma nemmeno, a rigore, per l'ipotesi di due
rimedi che, muovendo dallo stesso fatto, mirino ad obiettivi qualitativamente
non omogenei — ad esempio, restituzione di una cosa e risarcimento del
danno. Il termine sarà invece appropriato ove si discorra, poniamo, del rap-
porto fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, o di quello tra azione
di danni e azione tendente ad assicurare la corresponsione di un'indennità —
sempreché identico sia il dato su cui si fondano le pretese di chi agisce
(cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, 4ª ed., Napoli, 1938, p. 288 ss.).

Con queste precisazioni, non sembra tuttavia che l'espressione — nel
senso lato in cui si è voluto usarla nel testo — meriti di essere abbandonata:
sia perché il rischio di equivoci appare abbastanza piccolo, tenuto conto del
linguaggio codicistico che non vincola qui l'interprete in modo particolare, sia
perché è questo, bene o male, il sostantivo di cui la dottrina si avvale abitual-
mente nel trattare del rapporto fra più azioni.

Del resto, il lessico giuridico non offre vocaboli capaci di esprimere più
efficacemente l'idea di una *generale* indipendenza dell'azione aquiliana rispetto
agli altri mezzi civilistici — idea in cui si traduce coerentemente un momento
dell'unità di questo istituto —: e infatti, la stessa parola « cumulo », usata
qualche volta dagli autori, potrà aver forse il pregio di avvertire subito che
non si tratta di un'opzione per la vittima, con il necessario sacrificio di uno
dei termini in alternativa; ma ha certamente il difetto di non escludere a
prima vista la possibilità del ricorso all'azione ex art. 2043 nei casi in cui
ogni voce dannosa è stata cancellata dal vittorioso esercizio di un rimedio con-
corrente (così anche P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité*, cit., p. 340).

di una molestia [49], l'invalidazione di un contratto [50], l'astensione da un'ingerenza [51], la riduzione di un sequestro o di un pignoramento eccessivo [52], la revoca di un trasferimento [53], la restituzione di una cosa o dei suoi frutti o del suo valore [54], la corresponsione di un'indennità [55], il risarcimento dei danni per l'inadempimento di un'obbligazione [56], la separazione coniugale in certi casi o il divorzio, il

---

[49] Von TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 325 e p. 348 ss.

[50] Von TUHR, *op. ult. cit.*, I, p. 282; *Restatement of torts*, III, cit., § 549,
comment *e*; VERGA, *Errore e responsabilità*, cit., p. 120; STARCK, *Essai*, cit.,
p. 368; ID., *Responsabilité du contractant envers le tiers du chef de la violation*
du contrat, cit., p. 55; GORPHE, *Le principe*, cit., p. 63; DELYANNIS, *La notion*,
cit., pp. 85-86; MAIORCA, *Fatto giuridico*, cit., pp. 129-130; MARTINE, *L'op-*
tion, cit., p. 138. Cfr. anche i richiami offerti *retro*, Cap. II, nota 22.

[51] BONFANTE, *Criterio fondamentale*, cit., p. 548; FRIGNANI, *L'injunction*,
cit., p. 490 ss.

[52] VITALI, *Del danno*, cit., p. 144; Cass. 31 gennaio 1957, n. 342, in
Foro pad., 1958, I, c. 1159.

[53] Cfr. DEMOGUE, *Traité des obligations*, 2, cit., p. 468; Van RYN, *Respon-*
sabilité aquilienne et contrats, cit., p. 180, nota 3; NATOLI, *L'attuazione del*
rapporto obbligatorio, Milano, III, 1963, p. 187; H. e L. MAZEAUD e TUNC,
Traité, I, cit., p. 16, nota 4 bis, ove richiami di giurisprudenza conforme.
In generale, sulla possibilità del concorso tra azione per rendere inefficace
l'atto fraudolento e azione aquiliana, L. RIPERT, *La réparation du préjudice*,
cit., p. 50; si veda pure KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 526; e già DOMAT, *Le*
leggi civili, IV, cit., p. 413.

[54] MOMMSEN, *Beiträge*, II, cit., p. 14; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 93;
BAUDRY-
KRAINZ, *System*, II, cit., p. 310; v. TUHR, *op. ult. cit.*, *p.* 348; BAUDRY-
LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.*, p. 601; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit.,
p. 45; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 84; LEVI, *Restituzioni*, cit.,
p. 238 ss., p. 253 e p. 263; L. COVIELLO jr., *Osservazioni e proposte*, cit.,
p. 8; L. RIPERT, *La réparation*, cit., p. 49; PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-*
delitti, cit., p. 54; DELYANNIS, *La notion*, cit., pp. 85-86; BARASSI, *op. ult. cit.*,
II, pp. 535-537; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 28; COLYER, *A modern*
view, cit., p. 75; BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*,
cit., p. 180.

Sulla cumulabilità fra azioni possessorie e risarcimento del danno, v. *retro*,
Cap. II, nota 37, cui adde VITALI, *Del danno*, cit., p. 143; FORCHIELLI,
Responsabilità civile, I, cit., p. 21. Per la Germania, ad esempio, FIKENTSCHER,
Schuldrecht, p. 551; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 397.

[55] BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 22.

[56] Andrà forse precisato che « concorso » non vuol dire, neppure in questo
caso, mera facoltà di scelta fra due azioni distinte — ciascuna esperibile in
astratto, ma ognuna destinata a venir meno una volta che il creditore abbia
deciso quale proporre —: la regola, al contrario, è che quest'ultimo potrà
svolgerle in un giudizio unico, ove non osti l'avvenuta prescrizione di una

versamento di un corrispettivo o di un arricchimento, ogni qualvolta nel risultato che il rimedio specifico può realizzare non sia anche

---

di esse, come anche far valere intanto un mezzo, riservandosi l'altro per un processo successivo — ovviamente, nei limiti che ponga il primo eventuale giudicato (cfr. GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 227; BURCHARD, *Allg. Teil*, cit., p. 161; LEONHARD, *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 627; BECKER, *op. cit.*, p. 193 ss.; GEMMECKER, *op. cit.*, p. 49; BUTERA, *Commentario*, cit., *sub* art. 2043, p. 565; Van RYN, *op. cit.*, p. 248 ss.; HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 342; BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 813; DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 145 ss.; LARENZ, *Bes. Teil*, cit., p. 375; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 647; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 644; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.*, p. 853; FLEMING, *op. cit.*, p. 97; DREES in ERMAN, *op. cit.*, p. 1685; KANETI, *op. cit.*, p. 630).

La cosa è più evidente nel rapporto fra la domanda ex art. 2043 e uno qualunque dei rimedi differenti da quello ex art. 1218; a parte che già il legislatore ha talvolta chiarito espressamente che di vero e proprio cumulo si tratta — basti l'esempio della concorrenza sleale, col relativo art. 2600 cod. civ. —, nessuna incompatibilità può immaginarsi là dove il *petitum* non coincida. Diverso il discorso per due azioni che, come quelle *ex contractu* ed *ex delicto*, perseguono ambedue uno stesso fine, qual è il risarcimento del danno: tanto più che, nella maggioranza dei casi, trattasi di danni derivanti da un « fatto » interamente uguale, onde molti che pur credono al concorso dubitano esso importi, per l'appunto, vantaggi maggiori di un'opzione.

Ora, noi non condividiamo la tesi secondo cui, nella struttura delle due responsabilità, vi sarebbero diversità fondamentali (tra gli altri, PFAFF, *Zur Lehre*, cit., p. 29; SAINCTELETTE, *De l'importance et de la difficulté de l'appréciation du fait*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1884, p. 184 ss.; POLACCO, *Obbligazioni*, cit., p. 395 ss.; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 1256, testo e nota 8; TROPLONG, *Della vendita*, trad. it. di De Matteis, Napoli, 1914, pp. 262-263; SCRIBANO, *op. cit.*, p. 376; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 470; PEZZELLA, *op. cit.*, p. 546; COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *op. cit.*, II, p. 282 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 25; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 50; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 645 ss.; E. BOEHMER, in *NJW*, 1967, cit., p. 865; SCOGNAMIGLIO, *Appunti*, cit., p. 467; si veda, ad ogni modo, BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 4), anche se poco ci interessa allinearci con chi ha invece esaltato le componenti unitarie dei due istituti (ad esempio, v. BONNOT, *op. cit.*, p. 28; CARNELUTTI, *Appunti*, cit., p. 308 ss.; H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1936, p. 44; BARONCEA, *Essai*, cit., p. 180; P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 349; ID., *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, cit., p. 692; Van RYN, *op. cit.*, p. 90; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, p. 338; ALESSI, *op. cit.*, p. 22; HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, II, cit., p. 420 ss., 472-474); un merito di questi ultimi è l'aver posto in luce come una distinzione non possa fondarsi sul fatto che nella responsabilità da inadempimento, diversamente dall'altra, si riscontrerebbe la violazione di un'obbligazione preesistente (così, invece, BARASSI, *op. ult. cit.*, II, p. 445), giacché il richiamo a quest'ultima

implicito il ristoro di tutti gli inconvenienti subiti dalla vittima; mentre andrebbe respinta una domanda ex art. 2043 nel-

---

vale essenzialmente ad individuare il responsabile (CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 211) o a determinare il contenuto dell'obbligo risarcitorio, per cui entrambe in definitiva convergono nel distinguersi dalla prospettiva tradizionale dell'illiceità: ma, in complesso, la disputa è di quelle in cui la somma delle energie profuse non corrisponde all'entità dei risultati cui si perviene nell'uno o nell'altro modo (cfr. GIORGI, *op. cit.*, p. 218, nota 1). Quel che importa tener fermo, piuttosto, è che differenze di ordine pratico, fra il regolamento dei due tipi di azione, non mancano né sono trascurabili; qualcuna potrà tendere ad attenuarsi là dove l'evento dannoso sia stato arrecato dolosamente, invece che con colpa o senza colpa, oppure allorché il creditore le intenti in un solo giudizio: ma è certo che in nessuna situazione i regimi verrebbero a coincidere.

D'altronde, l'originalità di questa ipotesi di concorso non è forse poi tale quale sembra, dal momento che — come il creditore non è ammesso a ottenere due volte il rimborso della stessa voce, potendo solo domandare il risarcimento delle frazioni di danno che l'altro mezzo non sia valso ad assicurargli (Van RYN, *op. cit.*, p. 252) —, così anche il proprietario-danneggiato, se in sede di revindica è già riuscito a farsi restituire la cosa o a farsene corrispondere il valore, invano richiederebbe questo valore *sub specie* di danno emergente ex art. 1223 (2056).

Con tutto ciò, la diversità fra azione delittuale e da inadempimento è pur sempre minore che altrove, e non v'è dubbio che gli elementi di contatto siano ben più numerosi di quelli che dividono i due strumenti — ciò che non potrebbe dirsi per le altre ipotesi —; ma la possibilità di introdurre una figura generale di « responsabilità per il danno » non impedisce che, all'interno della stessa, la responsabilità aquiliana trovi una propria identità caratteristica: la quale è ben più salda in un disegno che, invece di cercarne i tratti sul terreno generale, riesce ad assiederla direttamente sopra alcuni fattori di natura tecnica (cfr. BARTIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, pp. 353-354; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., I, p. 3; JOSSERAND, *Cours*, II, cit., p. 257 ss.; AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 110 ss.; BARASSI, *op. ult. cit.*, II, p. 440; CRÉPEAU, *Civil responsibility: a contribution towards a rediscovery of contractual liability*, in *Essays on the civil law of obligations*, a cura di Dainow, Baton Rouge (Louis.), 1969, p. 83 ss., 102; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 103 ss.; LEHMANN, *Allg. Teil*, cit., p. 324 ss.; PENNEAU, *Faute et erreur*, cit, p. 23 ss.).

Né questi, venendo alla sostanza, saranno oltre a tutto indifferenti per chi agisca anche ex art. 2043. Occorre certamente non pensare, al contrario di quanto si fa spesso (ad es., N. STOLFI, *Le obbligazioni*, cit., p. 241), al risarcimento in forma specifica o al danno morale — e al fatto cioè che norme apposite, nel IV libro del codice civile, esistano soltanto per l'illecito —: nessun richiamo all'art. 2058 consentirà infatti la riparazione in f. s. di un danno patito a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione di *facere* infungibile, per cui sia inefficace ogni ricorso agli artt. 2930 e ss. cod. civ. (cfr.

l'ipotesi in cui — sussistendo pur nel fatto i requisiti dell'ingiustizia, della causalità, dell'imputabilità, etc. — l'esperimento del

---

P. Esmein, in Planiol-Ripert, *Obligations,* 1, cit., p. 663; Dalcq, *Traité,* I, cit., p. 119; v. anche Bianca, *op. ult. cit.,* p. 270); così come, stante l'art. 185 cod. pen., è escluso non venga risarcito, sotto il profilo dell'inadempimento, un danno non patrimoniale per il quale sarebbe invece accolta la doglianza a titolo aquiliano (cfr. Minozzi, *op. cit.,* p. 241; Dalmartello, *Danni morali extracontrattuali,* in *Riv. dir. civ.,* 1933, p. 59 ss.; Mc Gregor, *On damages,* cit., p. 389; v. anche Scognamiglio, *Il danno morale,* cit., pp. 314-316), e ciò a prescindere dalla circostanza che l'azione sia esercitata in sede penale, nella quale la *causa petendi* è forse soltanto *ex delicto* (Demogue, *Traité,* 1, III, cit., p. 442; Giorgi, *op. cit.,* p. 225; Cesareo Consolo, *op. cit.,* p. 136; Pacifici Mazzoni, *Istituzioni,* IV, 1, cit., p. 227; Ferrini, voce « *Illecito* (*in genere* »), cit., p. 663; Cass. 13 luglio 1964, n. 1869, in *Giur. it.,* 1965, I, 1, c. 780, con nota di Forchielli; diversamente H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* cit., p. 664), o proprio *sub specie* contrattuale nel giudizio civile susseguente.

Non meno neutra, agli effetti della vittima, è poi la differenza di disciplina per quel che concerne l'azione di regresso di chi ha pagato: dove, *ex contractu,* si presume una responsabilità in parti eguali dei condebitori in solido (Cass. 10 gennaio 1966, n. 188, in *Foro it.,* 1966, I, c. 1793), mentre *ex delicto* il peso va senz'altro proporzionato alla colpa di ognuno degli autori del fatto (art. 2055). Né, sol perché l'azione è proposta sul terreno extracontrattuale, verrà ad essere inoperante (al contrario di quanto credono Fuzier-Herman, *Code civil,* cit., p. 538; Martine, *L'option,* cit., p. 19; si vedano pure Krückmann, in *JJ,* 1907, cit., p. 458; Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.,* p. 637, nota 12) una clausola di irresponsabilità per l'inadempimento pattuita in precedenza fra le parti (cfr. Van Ryn, *op. cit.,* p. 331 ss.), oppure un limite soggettivo della responsabilità stabilito dalla legge per l'inadempimento (cfr. Crome, *System,* II, cit., p. 1015; *contra* Dernburg, *Das bürg. Recht,* II, 1, cit., p. 164; ma di nuovo, e definitivamente, Dietz, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt,* Bonn u. Köln, 1934, p. 240 ss.; Leonhard, *Bes. Schuldr.,* cit., p. 628; Larenz, *Vertrag und Unrecht,* cit., II, p. 76; Rabel, *Le vicende,* II, cit., p. 467; Becker, *op. cit.,* pp. 194-195; Rudolf Schmidt, *op. cit.,* II, p. 180; G. Boehmer, *Einführung,* cit., p. 95; F. Vassalli, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per la morte del passeggero in trasporto aereo,* in *Riv. it. sc. giur.,* 1950, p. 429 ss., 436; Molitor, *Bes. Teil,* cit., p. 184; Soergel-Zeuner, *op. cit.,* p. 853; Deutsch, *Privilegierte Haftung,* cit., p. 766; Emmerich, *Beschränkte Vertragshaftung und konkurrierende Ansprüche aus unerlaubter Handlung in Frankreich,* in *JuS,* 1967, p. 345 ss., 347; Gamillscheg, *Aussenwirkungen von Haftungsbeschränkungen,* in *VersR,* 1967, p. 513 ss., 515; Arens, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen,* in *AcP,* 1970, p. 392 ss., 398; Schlechtriem, *Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung,* Frankfurt a.M., 1972, p. 413 ss.).

Una prima convenienza, che offre il dato stesso dell'opzione, deriva invece

mezzo particolare avesse assicurato già da solo, o comunque fosse in

---

dal diverso regime delle due azioni per quanto attiene alla competenza per territorio e alla legge regolatrice: difatti, il luogo ove sorge o deve eseguirsi l'obbligazione da fatto illecito può essere diverso dal luogo ove sorge o deve eseguirsi l'obbligazione contrattuale inadempiuta (così Lupoi, *Il dolo,* cit., p. 298; Cass. 6 agosto 1964, n. 2252, in *Foro it., Rep.,* 1964, voce « *Danni per inadempimento* », n. 2), e, per quel che riguarda la legge applicabile, nel fatto illecito essa sarà quella del luogo in cui il fatto è avvenuto, mentre nel contratto varrà la legge nazionale dei contraenti, se comune alle parti, o del luogo in cui è stato *stipulato* il contratto (art. 25 disp. prel.); ne viene dunque, per colui che intende agire, la possibilità di adire il giudice e invocare la legge che più si attaglieranno ai suoi interessi.

È inesatto, poi, che la disponibilità dell'azione aquiliana non possa mai giovare al creditore sotto i due profili dell'onere della prova e della prescrizione. Talvolta, è ben vero, sarà il convenuto — sia la sua veste di debitore o di danneggiante — a dover comunque offrir la prova di non aver potuto impedire il fatto; e certo, non mancano figure in cui agli effetti aquiliani occorre dimostrare la colpa dell'agente, laddove in sede d'inadempimento quest'onere può dirsi rovesciato. Ma l'opposto si verifica, ad esempio, in quelle situazioni per le quali la giurisprudenza (richiami in Lupoi, *op. ult. cit.,* p. 298, nota 19) ha escluso l'applicabilità al campo contrattuale delle presunzioni di cui all'art. 2054 cod. civ., e in non pochi altri casi di inadempimento che la dottrina ha messo in luce (cfr. Martine, *L'option,* cit., p. 15 ss.; Chapus, *Responsabilité publique,* cit., p. 374, nota 1).

Quanto alla prescrizione, osserveremo che il rapporto cronologico — di regola favorevole all'azione da inadempimento, coi suoi 10 anni, rispetto ai 5 dell'azione da fatto illecito, ridotti a due anni per i danni per i prodotti dalla circolazione dei veicoli — appare molto spesso invertito: basti dire dell'azione per il danno conseguente all'inadempimento di un contratto di trasporto, prescrittibile in un anno, o delle azioni edilizie nella compravendita, che hanno un termine di decadenza di otto giorni e si prescrivono in un anno: e son questi anche i casi in cui la prassi attesta che più spesso l'inadempienza dà luogo a un fatto illecito. D'altra parte, se è vero che in sede penale l'azione è soltanto *ex delicto,* e che il più ampio termine di prescrizione del reato si estende anche al rimedio civile (art. 2947 cod. civ.), è indubbio il vantaggio di cui viene a godere lo strumento aquiliano; il che, bisogna aggiungere, avverrà tanto più frequentemente in ipotesi di dolo, dato che è questo il titolo al quale un fatto può assumere di regola rilevanza penale.

Resta da dire poi degli interessi, i quali, sulle somme dovute a titolo di risarcimento del danno aquiliano, decorrono dal giorno del fatto illecito, altrimenti da quello della domanda giudiziale. E un altro aspetto riguarda la possibilità per il creditore — quando all'inadempimento si accompagni un fatto autonomo pregiudizievole del terzo, o vi sia stata comunque collusione — di chiamare in giudizio i due soggetti con un unico atto di citazione, o di farsi risarcire da uno solo dei due l'intero danno, ove l'azione sia in via extracontrattuale (richiami giurisprudenziali in Lupoi, *op. loc. ult. cit.*).

grado di promettere, la reintegrazione completa del danneggiato [57].

Ogni ulteriore insistenza sull'unità non soltanto non varrebbe a rinforzarla, ma sarebbe anzi imprudente e svantaggiosa [58], dal mo-

---

Si giunge così all'ultimo punto, concernente la risarcibilità dei danni imprevedibili: la quale, è ben noto, *ex lege Aquilia* può avere luogo indiscriminatamente, mentre nel caso dell'inadempimento viene ristretta all'ipotesi di dolo. Al riguardo, osserveremo soltanto che l'attribuzione di tale voce alla vittima — operata dalle norme sull'illecito — mostra di assumere un significato pratico rilevante proprio in questa situazione di concorso: giacché soltanto qui si ha quello scarto fra i due momenti cui sono riferite immediatezza e prevedibilità — l'una, cioè, al tempo dell'inadempimento, l'altra a quello della nascita dell'obbligazione — che consente alla prevedibilità stessa di segnare una limitazione effettiva all'interno del solco già tracciato dall'immediatezza; limitazione che è invece assai più labile nel caso di un illecito « normale », dove, in mancanza di quella sfasatura, meno sovente può verificarsi che un danno immediato e diretto sia stato in qualche modo imprevedibile.

Si aggiunga infine che, per il creditore, il beneficio non sarà ristretto ai soli casi in cui v'è stata colpa, giacché la semplice consapevolezza di non adempiere la prestazione dovuta non sempre basta perché sussista dolo ex art. 1225 (cfr. *retro,* Cap. III, nota 28, e *infra,* nota 72), mentre può esser molto spesso sufficiente per concludere che il danno è stato ingiusto: anche qui, dunque, agendo in via aquiliana, il creditore si assicura un beneficio per cui sarebbe vano l'altro mezzo.

[57] G. DELITALA, *Danno e reato,* cit., p. 257 ss.; TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 331; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 128 e p. 164. Un esempio recente è il caso affrontato dalla Cass. 9 nov. 1973, n. 2947, in *Giust. civ., Rep.,* voce « *Resp. civile* », n. 138 e in *Arch. resp. civ.,* 1974, p. 152, ove si afferma che, se è stata riconosciuta la paternità naturale del nato della donna sedotta, per cui il padre resta tenuto al mantenimento a norma dell'art. 261 cod. civ., non è più possibile un risarcimento in via extracontrattuale del seduttore per lo stesso capitolo. Ulteriori illustrazioni e precisazioni in BECKER, *op. cit.,* p. 196 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 345, p. 437, p. 443; HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., p. 490. Sulla cumulabilità tra risarcimento e indennità assicurativa, e sui limiti ch'essa può incontrare, si vedano in generale v. TUHR, *op. ult. cit.,* I, p. 87; DEMOGUE, *Traité,* 1, IV, cit., p. 286 ss.; FUNK, *Handkommentar,* cit., p. 42; GUHL, *op. cit.,* p. 169; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *op. cit.,* I, p. 303; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 282; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 75 ss.; De JUGLART, *Cours,* II, cit., p. 192; HELLNER, *Damages for personal injury and the victim's private insurance,* in *Am. journ. comp. law,* 1970, p. 12 ss.; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 32 ss.

[58] Per qualche accenno, SWOBODA, *Die neue Gestaltung,* cit., p. 123; CARBONE, *Il fatto dannoso,* cit., p. 155.

Sull'inopportunità di tener fermo, in particolare, il riferimento all'« illiceità » per i casi in cui l'affermazione di responsabilità avviene in base a criteri diversi rispetto a quelli tradizionali del dolo e della colpa — e cioè contro una sistematica seguita, in vario modo, da scrittori come ZITELMANN, *Ausschluss*

mento che precluderebbe ogni possibilità di chiarire quale sia la relazione fra queste direttrici di contorno, e ciò che vale appena per un titolo o in una serie di casi definiti: col risultato di non saper come spiegare perché le istanze di tutela dell'agente — che pure sono spesso vittoriose, come attesta la presenza dell'irresponsabilità [59] — non

---

der Widerrechtlichkeit, cit., p. 8 ss.; KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 488 ss.; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., I, p. 74, nota 46 e p. 882, nota 9; SIBER, *Schuldrecht,* cit., p. 475; LEONHARD, *Bes. Schuldrecht,* cit., p. 542; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico,* cit., p. 22 ss.; BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale,* cit., p. 582; HORN, *Untersuchungen,* cit., p. 125; GERI, *Il rapporto di causalità negli illeciti civili (anche di natura obiettiva),* in *Arch. resp. civ.,* 1962, p. 261 ss.; W. WUSSOW, *Systematik,* cit., p. 20 ss.; DEVOTO, *La concezione analitica,* cit., p. 502; SCADUTO-RUBINO, *op. cit.,* p. 704 — cfr. per tutti FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 104; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.,* p. 635; N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa,* cit., p. 206; HECK, *Grundriss,* cit., p. 440; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 37; ESSER, *Grundfragen,* cit., p. 127, nota 2; ID., *Schuldrecht,* I, cit., p. 57 e II, cit., p. 394; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 9; ID., *Bes. Teil,* cit., p. 325; ID., *Die Prinzipien,* cit., p. 374; ID., in *Festschrift Dölle,* cit., pp. 174-175; ID., in *VersR,* 1963, cit., p. 597; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 330; D'AVANZO, *Istituzioni,* cit., p. 446; ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 872 ss.; NICOLÒ, *Istituzioni,* cit., p. 92; v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., pp. 551-552; NIPPERDEY, in *NJW,* 1957, cit., p. 1778; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* p. 1273, nota 5; WIETHÖLTER, *op. cit.,* p. 52; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., *Introduzione,* p. VII; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.,* p. 87; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.,* Vorbem. § 823, i, p. 847; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 125; KOZIOL-WELSER, *op. cit.,* p. 178; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 656; MEDICUS, *op. cit.,* p. 247, BÜNING, *Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen,* Köln-Berlin-Bonn-Mannheim, 1964, p. 2.

[59] Cfr. MORRIS, *Punitive damages,* cit., pp. 1173-1174; SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 73; SALMOND, *op. cit.,* p. 20; DELYANNIS, *op. cit.,* p. 118; WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., p. 6; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 204; DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., p. 144; ID., *Problemi e tendenze attuali,* cit., p. 98; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 366. Si veda anche TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 17, il quale critica le teorie fondate sull'idea di garanzia proprio perché esse sembrano dimenticare come il risarcimento, dato il sacrificio che deve subire chi lo effettua, diventa socialmente dannoso quando non lo giustifichi qualcuna delle possibili funzioni della responsabilità. Così pure G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato,* cit., p. 504, testo e nota 125; JØRGENSEN, *Ersatz und Versicherung,* in *VersR,* 1970, p. 193 ss., 203; e già CARNELUTTI, *Appunti,* cit., pp. 318-319. Concetti analoghi — benché espressi proprio dal punto di vista della garanzia — in P. ESMEIN, *La faute et sa place,* cit., p. 490. Recentemente, DI PRISCO,

prevalgano sempre nel conflitto con la spinta a difendere la vittima; e col pericolo che, non riconosciuti, e perciò non debitamente circoscritti, i singoli « motivi » dei criteri finiscano davvero per assumere la veste di profili generali [60] — onde potrebbe doversi poi assolvere, pur là dov'è opportuna una condanna, solamente perché nessuno di essi ha avuto qualche spicco e ragion d'essere [61].

8. A riprova del discorso appena svolto, basterà ora confrontare brevemente l'area di repressione specifica del dolo e quella della sufficienza della colpa: non son poche, in verità, le sfumature che dividono già il torto soggettivo [62], né piccoli gli aiuti che l'interprete può trarne per il singolo giudizio — né dubbi perciò i limiti di un metodo che lega l'ammissione di un profilo a spunti di ordine statistico [62 bis].

Così, per l'entità dell'interesse che può farsi valere dalla vittima, o meglio, dal momento che ogni bene è protetto in misura relativa,

---

Concorso di colpa, cit., p. 37 e p. 69; CASTIGNONE, *Il realismo giuridico scandinavo: principi teorici e proposte operative,* in *Ann. Fac. Giur. Genova,* 1974, p. 569 ss., 576.

[60] Ancora SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 44. Oppure RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 55 e p. 82, il quale, dopo aver rilevato come nell'ambito della responsabilità civile siano sempre esistite « una costante (il fatto dannoso) ed alcune variabili (i diversi criteri di imputazione) », sottolinea che « le difficoltà son sempre state originate dall'aver voluto cancellare tale diversità, riducendo a costante anche i criteri d'imputazione e cercando di unificare questi ultimi al fatto dannoso ».

[61] Si vedano anche i rilievi di REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità,* cit., pp. 182-183.

[62] Cfr. Karl WOLFF, *Verbotenes Verhalten,* cit., p. 227; BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden,* cit., p. 411 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 52 (« Zwischen Fahrlässigkeits- und Versatzhaftung mag im Einzelfall die Grenze ebenfalls schwer zu ziehen sein, sie ist gleichwohl kategorial, fundamental vorhanden: Einstand für gewolltes Unrecht, Einstand für nicht gewolltes Unrecht. Der Vorsatztäter ist von jener Kraft, die Böses will und Böses schafft, der Fahrlässigkeitstäter aber von jener, die Gutes will und doch das Böse schafft »). E, d'altra parte, PROSSER, *Handbook,* cit., p. 143 (« Intentional injuries, whether direct or indirect, began to be grouped as a distinct field of liability, and negligence remained as the main basis for unintended torts. Today it is not at all disputed that separate problems and principles, as well as distinct questions of policy, arise in negligence cases »); ATIYAH, *Negligence and economic loss,* cit., p. 248; FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., pp. 4-5; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 38 s.

[62bis] Con particolare lucidità, ATIYAH, *Accidents, compensation and the law,* cit., p. 45.

nel rapporto di valore intercorrente fra le opposte posizioni dei soggetti: rammentando quali sono i caposaldi dello schema dell'illecito colposo, e notato come compito del dolo sia colmare un'eventuale loro assenza, non sembra ormai difficile concludere che l'ultimo è richiesto per l'offesa di una situazione più labile, giuridicamente, rispetto a quella propria di chi ha agito; mentre il dogma dell'equivalenza ha il sopravvento ogniqualvolta il bene vulnerato prevalga nella scala d'importanza su quello che l'autore difendeva [63], oppure quando eguale sia il risalto dei due diritti entrati in collisione [64].

S'è detto, d'altro canto, del legame che deve permanere in ogni caso fra i singoli motivi dei criteri e i tratti generali dell'illecito: è logico pertanto vi sia un vincolo, un nesso di carattere gerarchico, tra scopo reintegratorio della responsabilità e sanzione dell'*animus nocendi*; ma esso esisterà se la seconda — rivolta, com'è, a far adottare un titolo più scomodo degli altri — funziona quale regola esclusiva soltanto in situazioni di emergenza.

E infatti il suo intervento, nella pratica, si ha appunto nei casi in cui l'autore esercita una libertà che non sopporta, a meno di non perdere valore, comandi o imposizioni di prudenza [65], o resta for-

---

[63] Si veda anche CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 146, nota 22. Per qualche rilievo, KRAINZ, *System,* II, cit., p. 311.

[64] In quest'ordine di idee, tra gli altri, STARCK, *Essai,* cit., p. 201 e p. 440 ss.; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 34; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique,* VI, *Obligations,* 1, cit., p. 696 (« La gravité plus ou moins grande des fautes est appréciée, lorsqu'il s'agit d'une faute intentionnelle, en fonction de l'importance de l'intérêt lésé »); GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 94. Assai vicini anche i criteri proposti nell'ambiente di *common law,* dove il problema si è posto proprio come raffronto tra i due ambiti dell'irresponsabilità e della responsabilità per dolo, concludendosi puntualmente con un richiamo al motivo della comparazione fra gli opposti interessi delle parti. Ad esempio, TERRY, *Proximate consequences,* cit., pp. 13-14; POUND, *Interests of personality,* cit., p. 362; LAWRENCE, *Motive as an element in tort,* in *Maine law rev.,* 1919, p. 47 ss.; CARPENTER, *Interference with contractual relations,* cit., pp. 745-746 e p. 763; DUPORT, *Disinterested malevolence as an actionable wrong,* in *Ford law rev.,* 1953, p. 185 ss.; SEAVEY, Candler *v.* Christmas & Co., cit., p. 469; HARPER e JAMES, *op. cit.,* pp. 516-517; PROSSER, *op. cit.,* p. 25 e p. 952; MILLNER, *Negligence in modern law,* cit., p. 174; ID., *Contrasts in contract and tort,* cit., p. 85; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit ,* p. 30; ATIYAH, *Negligence and economic loss,* cit., p. 248; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 11; STREET, *The law of torts,* cit., p. 6.

[65] Così v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 328, nota 41; DEMOGUE, *Traité,*

malmente entro i confini del proprio *agere licere* [66], o svolge una man-

1, III, cit., p. 384; P. Esmein, in Aubry e Rau, *op. cit.*, VI, p. 468 ss.; Id., in Planiol-Ripert, *op. cit.*, VI, 1, p. 816 ss.; Bonasi Benucci, *La responsabilità civile*, cit., p. 223 ss. Da ultimo, Trimarchi, *Illecito*, cit., p. 104, secondo cui « l'esercizio della cronaca, della critica o della denuncia di fatti veri di pubblico interesse, la comunicazione di notizie vere nello svolgimento di un rapporto professionale o di cooperazione, l'informazione commerciale e, in genere, ogni comunicazione di notizie rispondenti a verità » costituiscono attività lecite quando non siano fatte « al solo scopo di nuocere la reputazione altrui ». Sull'*injurious falsehood*, v. *retro*, Cap. VIII, nota 23. Per l'irrinunciabilità al dolo, nella responsabilità per denuncia, cfr. in particolare anche Nippel, *op. cit.*, VIII, 1, p. 200; e poi Siber, *Schuldrecht*, cit., p. 456; da noi Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, 5ª ed., Torino, I, 1956, p. 370; Brasiello, *I limiti*, cit., p. 492 e p. 496; Messineo, *Manuale*, V, cit., p. 621; Forchielli, *Responsabilità civile*, III, cit., pp. 44-45; per quanto concerne la giurisprudenza, in tema di denuncia penale infondata, *retro*, cap. II, nota 29. Insistono sulla necessità del dolo, ai fini della responsabilità per menzogna, Kohler, *Schuldrecht*, cit., p. 524; Cass. 31 maggio 1937, cit. (in *Riv. dir. comm.*, 1937, II, p. 481); Savatier, *Traité*, I, cit., p. 39 ss.; Morison, *Liability for false statement*, cit., pp. 227-229; Charlesworth, *On negligence*, cit., p. 19. Cfr. pure Trabucchi, *Il dolo*, cit., p. 526; Brasiello, *op. cit.*, p. 185; Delyannis, *op. cit.*, p. 255 ss.; Demogue, *op. cit.*, 1, IV, p. 66; Rutsaert, *Le fondement*, cit., p. 31, ove richiami di giurisprudenza belga.

[66] Sulla rilevanza del dolo per la configurazione dell'abuso del diritto, v. i richiami offerti *retro*, cap. VII, nota 32: oppure Capitant, *Sur l'abus des droits*, cit., p. 375; Dabin, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p. 334; Id., *Le droit subjectif*, cit., p. 300; Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, cit., p. 136 ss.; Campion, *De l'exercice antisocial des droits. Théorie de l'abus des droits*, Paris-Bruxelles, 1925, p. 42 ss. È nota la posizione di Rouast, *Le droits discrétionnaires*, cit., p. 8, che, all'interno dei *droits définis*, distingue fra *droits-fonction* e *prérogatives individuelles*, e precisa che solo per queste ultime il limite della responsabilità si restringerà secondo il principio *malitiis non est indulgendum* (interessante anche il rilievo — suscitato soprattutto dall'esame dei poteri del proprietario — secondo cui l'esercizio di una facoltà tende ad essere sindacabile almeno sotto il profilo del dolo, o a rimanere invece un atto assolutamente discrezionale, secondo che il legislatore abbia regolato le modalità di esercizio in termini generici, o stabilito invece criteri precisi e dettagliati: per qualche spunto analogo, Prosser, *Handbook*, cit., p. 24). Nel senso che, per la configurabilità dell'abuso di un *droit défini*, non sia sufficiente la coscienza di nuocere, ma occorra proprio l'*intention malicieuse*, P. Esmein, in Aubry e Rau, *op. cit.*, p. 432 e p. 458. In generale, ancora, Rodière, *La responsabilité civile*, cit., p. 73 ss.; Dabin-Lagasse, in *Rev. crit. jurispr. belge*, 1959, p. 192; Josserand, *De l'esprit des droits*, cit., p. 366 ss.; Fridman, *Motive in the english law of nuisance*, cit., p. 586 ss.; Larenz, *Bes. Teil*, cit., p. 346; H. e L. Mazeaud e Tunc, *Traité*, I, cit., p. 635 ss.; Simone David,

sione così ardua, e insieme socialmente meritoria, da esigere indulgenza per gli sbagli [67]; o quando manca l'obbligo di agire per fare sì

Risque professionnel, cit., p. 239, nota 1; Fleming, *An introduction*, cit., p. 217; Trimarchi, *Illecito*, cit., p. 102 ss. (il quale, facendo l'esempio del rifiuto a contrarre, osserva come talora il dolo sia fonte di responsabilità solo se l'atto dannoso è stato concertato). Un esempio famoso è quello in cui l'uso del proprio nome, nella ditta di una società, fu considerato abusivo in quanto l'unico fine di ciò risultò esser stato quello di creare confusione con i prodotti similari di un omonimo (Paris 29 mars 1903, in *Dalloz*, 1903, I, p. 263, su cui Delyannis, *op. cit.*, p. 203). Recentemente Ch. civ., 30 oct. 1972, in *Dalloz*, 1973, *Jurispr.*, p. 43.

Sull'art. 833 cod. civ., *retro*, cap. II, nota 1. Il carattere di generalità di questa norma è stato sottolineato ultimamente da Costantino, *Proprietari e soggetti interessati all'uso « sociale » dei beni*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, cit., p. 244. Per la Francia, e nel senso che ogni immissione, pur rimasta entro i limiti della tollerabilità, divenga illecita se dolosa, P. Esmein, in Planiol-Ripert, *op. cit.*, pp. 810-811.

Sulla corrispondenza tra i principi fissati nel nostro art. 96 cod. proc. civ., 1° comma, e gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza francese, Starck, *Essai*, cit., p. 449; Lalou, *Traité*, cit., p. 514 ss. Il richiamo è pertinente, data l'abitudine d'oltralpe di ricondurre la responsabilità processuale alla figura dell'abuso: per tutti, Demogue, *Traité*, 1, IV, cit., p. 318 ss.; Gorphe, *op. cit.*, p. 108; Van Ryn, *op. cit.*, p. 223; Savatier, *Traité*, I, cit., p. 45 e p. 55; Id., *Du droit civil au droit public*, cit., p. 121; P. Esmein, in Planiol-Ripert, *op. cit.*, pp. 811-812. Diversamente Ripert, *La règle morale*, cit., p. 170, il quale afferma che di abuso si dovrebbe in realtà parlare soltanto per ipotesi come quelle in cui il convenuto, « intentionnellement et par malice », non abbia opposto « tout de suite le moyen de défense qu'il avait, afin de ruiner son adversaire par les frais du procès », oppure quando, ad esempio, l'attore, avendo la possibilità di far valere il suo diritto presso diversi tribunali, scegliesse quello meno comodo per sé, al solo scopo di arrecare un maggior pregiudizio al convenuto (cfr. pure Rescigno, *L'abuso*, cit., p. 254 ss.). Su tutta la questione, e con particolare riferimento alla giurisprudenza, v. ora Lupoi, *Il dolo*, cit., pp. 195-204.

[67] Nel campo della responsabilità professionale, si vedano le indicazioni di Josserand, *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession*, in *Dalloz*, 1939, *Chron.*, p. 29 ss.; Id., *Cours*, II, cit., p. 223. In precedenza, Teisseire, *Essai d'une théorie générale*, cit., pp. 302-303; Gardenat, *De la responsabilité civile*, Paris, 1927, p. 312; Rutsaert, *Le fondement*, cit., p. 33. Da noi, in vario modo, Pacchioni, *Dei delitti*, cit., p. 76; Bonasi Benucci, *op. cit.*, p. 214; Bianca, *Dell'inadempimento*, cit., p. 140, nota 1. Recentemente, e sulla base di un'accurata analisi della giurisprudenza francese, Chapus, *Responsabilité publique*, cit., p. 363. Nella stessa direzione, la casistica fornita da Dias, in Clerk e Lindsell, *On torts*, cit., p. 472.

Un esempio può esser quello del legale che, lasciato arbitro nella decisione dal cliente, trascura di proporre un'impugnazione, attuando così un compor-

che un terzo resti indenne [68], o può essere invocata un'esimente [69];

---

tamento che ricade « nel campo delle incontrollabili responsabilità morali » (JEMOLO, *Rimedi contro la negligenza del difensore*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 50), e per il quale « l'accertamento della colpa è in pratica molto difficile » (CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 184). La riluttanza ad ammettere la responsabilità per un danno tanto incerto e ipotetico non sembra infatti più ragionevole, perlomeno di fronte alla malizia, nel caso sia accertato che esistevano fondate speranze di vittoria; e accedendo d'altra parte alla tesi che riconosce la responsabilità del legale, già a titolo di colpa, ove il giudice si persuada che « il cliente, qualora l'appello si fosse discusso, avrebbe vinto » (CATTANEO, *op. cit.*, p. 196), un'immunità del difensore in dolo non si giustificherebbe allorquando dovesse risultare che possibilità di successo non mancavano proprio del tutto.

[68] Cfr. *retro*, cap. IV, nota 4; cui *adde* TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 121; v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 331; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 457; ALLFELD, *Recensione* a v. Liszt, Die Deliktsobligationen, cit., p. 72; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 40; SOERGEL (-KNOPP), *Kommentar*, III, cit., § 826, Bem. 42, p. 987. Per la Germania, la conclusione può essere che il rilievo del dolo affiora ogni qualvolta l'obbligo del comportamento tralasciato poggiasse non già su un contratto o su una norma, ma sui buoni costumi. In Francia e in Belgio, soprattutto COHIN, *L'Abstention fautive*, Paris, 1923, p. 62 s.; BOURRINET, *op. cit.*, p. 61; DEMOGUE, *Traité*, cit., 1, III, p. 439 e 1, IV, pp. 376-377, che inquadra il problema sotto l'angolo visuale dell'abuso del diritto di non intervenire; sistemazione discutibile — v. infatti APPLETON, *L'abstention fautive en matière délictuelle civile et penale*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1912, p. 593 ss. e p. 599 — ma di cui vale l'intuizione secondo cui è la posizione di supremazia dell'interesse del convenuto a giustificare l'immunità della colpa. E ancora MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, cit., p. 401; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 361 e p. 377; DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 255 (« Le titulaire de fonction manque à son devoir légal, quand volontairement il laisse en souffrance les droits qui lui ont été donnés pour la remplir »), e p. 301 ss., ove l'a. precisa che « le manque de charité » sarà rilevante « en certains cas extremes », e cioè dinanzi ad una « indifference trop absolue devant l'intérêt d'autrui » o ad un « égoïsme excessif ». Per l'insufficienza della culpa laevis, BEUDANT-CAPITANT, *Théorie générale de la responsabilité civile*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1906, p. 164 s.; APPLETON, *op. ult. cit.*, pp. 606-607 (che esige almeno la coscienza di nuocere). E per la necessità che il fine di ledere sia stato l'unico movente che ha determinato il convenuto all'omissione, NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 114; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 252 (ad esempio, per quanto concerne il rifiuto a dare informazioni); così pure, per il caso dell'omissione del nome di un personaggio o di un gruppo nell'opera di uno storico, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, cit., p. 349. In giurisprudenza, ad esempio, Gand 14 mai 1900, in *Pasicrisie*, 1901, 2, p. 100 (omissione volontaria del nome della moglie di un parente in una partecipazione di morte); Poitiers 2 févr. 1943, in *Dalloz*, 1944, *Jurispr.*, p. 44, con nota di DESBOIS; e ultimamente,

Trib. Paris, 28 févr. 1973, in *Sem. jur.*, 1973, *J*, n. 17401; Ch. civ., 13 déc. 1972, in *Dalloz*, 1973, *Jurispr.*, p. 493, con nota di LARROUMET. Sui riflessi per la responsabilità civile che ha apportato la modifica introdotta nell'art. 63 cod. pen. francese dall'ordinanza 25 giugno 1945 — punizione dell'omissione volontaria di un atto idoneo ad impedire un reato o un delitto contro l'integrità personale della persona, e privo di rischi per il soggetto; nonché per colui il quale, conoscendo la prova dell'innocenza di una persona soggetta a detenzione preventiva o condannata in giudizio, si astenga volontariamente dall'intervenire in suo favore — P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 431. Altri esempi in LALOU, *Traité*, cit., p. 435.

Fra gli scrittori di *common law*, si vedano in particolare, nel senso della decisività del dolo, HALE, *Prima facie torts, combination, and non-feasance*, cit., p. 216; LAWSON, *Negligence in the civil law*, cit., p. 3 e p. 32.

Nella nostra letteratura, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 539; e, più esplicitamente, BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 228, nota 8, il quale scrive che « al di fuori del dovere di intervento, l'omissione rileva causalmente se inserita nell'ambito di un procedimento dolosamente preordinato alla realizzazione dell'evento dannoso ». In senso analogo, FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, III, cit., pp. 60-61 e p. 64. Così, ove l'ufficiale giudiziario, non trovando il destinatario della notificazione, abbia consegnato copia dell'atto ad un terzo (art. 139 cod. proc. civ.), quest'ultimo non potrà essere indiscriminatamente tenuto per il pregiudizio che l'interessato subisca per la mancata trasmissione della copia (BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità*, cit., p. 126): bisognerà distinguere, ad esempio, secondo che l'incendio da cui è derivata la distruzione del documento, oppure lo *shock* del terzo, sia frutto di mera colpa, o proprio di un calcolo ordito per arrecare quel danno.

Per una casistica in cui soltanto la reticenza dolosa è illecita, CROUZEL, *Les prétendus délits et quasi-délits d'omission*, cit., 1922, p. 263; oppure TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 532 ss. (il quale documenta la « grandissima importanza pratica » che si ricollega all'essere la reticenza maliziosa o meno); ed ora, ampiamente, VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., *passim*, ma soprattutto p. 91 ss. e pp. 278-285, ove esempi assai persuasivi.

Sull'art. 139 cod. civ., *retro*, cap. II, nota 5; e v. ancora TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 535. Per qualche ipotesi di « illecito famigliare » omissivo, *retro*, cap. IV, nota 1.

Quanto infine all'omissione di soccorso, a parte le osservazioni già svolte *retro*, cap. IV, nota 4, occorre dire che una rilevanza dell'elemento psicologico, almeno *sub specie* di malafede, è ravvisabile anche per ciò che concerne l'elemento del bisogno di soccorso: non sempre, infatti, colui sul quale grava un generico dovere di sorveglianza verso un soggetto, potrà esser ritenuto responsabile per aver trascurato di accertare — causa un'erronea interpretazione dei fatti — se l'affidato aveva o meno bisogno di aiuto (si pensi all'albergatore che, per eccesso di discrezione, irrompe con ritardo nella camera di un cliente infortunatosi); mentre responsabilità si ha certamente a carico di chi, al di là di ogni preesistente dovere, si fosse reso conto della situazione di pericolo del terzo.

[69] Così, in certe ipotesi di adempimento del dovere: ad esempio, nel caso di falsa testimonianza processuale (*retro*, cap. IV, nota 5), o là dove esista un

nonché, per altro verso, nelle ipotesi in cui ad apparire minacciato non sia qualche diritto assoluto, bensì un potere [70] o un semplice interesse [71] — talvolta anche un diritto relativo [72] frustrato dall'opera di estranei [73].

---

obbligo di denuncia (H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 552 ss.; ma il limite non sembra minore quando un obbligo vero e proprio manchi, e si debba parlare di un generico dovere di collaborazione con la giustizia), oppure per quanto concerne la posizione dell'insegnante dinanzi a un'*actio iniuriarum* dell'allievo (MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 22). Così, ancora, nell'ipotesi di eccesso colpevole nella legittima difesa, dove, in caso di colpa, si deve rispondere soltanto per il danno collegato all'eccesso, mentre il dolo (qui: intenzionalità dell'eccesso) farà sì che si ricada nell'ambito della responsabilità ordinaria (FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 117; e per altre possibiltià in questo campo, AMES, *How far an act may be a tort,* cit., p. 412; KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 514; HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung,* cit., p. 117). Lo stesso, quando il danneggiante possa trincerarsi, per la lesione colposa, dietro l'adagio *volenti non fit injuria*: « se, per es., io invito taluno a giocare al pallone nel mio cortile e quegli si rifiuta per tema di rompere i vetri della mia casa ed io l'incoraggio, dicendo che non vi badi, è sicuro che io non potrò tenerlo responsabile dei vetri rotti (tranne, si capisce, il caso di dolo) » (così FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 786).

[70] Sulla necessità dell'*animus spoliandi* e *turbandi,* ai fini della responsabilità per danni, dell'autore dello spoglio e della molestia, *retro,* cap. II, note 39 e 40. Per i rispettivi sistemi, KRAINZ, *System,* II, cit., p. 311; LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht,* cit., p. 566 ss.; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 162.

[71] Così, in generale, in tutti i casi di pressione morale sulla volontà di un'altra persona (un atto che « ne peut pas être considéré, en lui-même, comme une atteinte illicite à la liberté de cette dernière », ma che « devra être qualifié d'illicite, lorsque la volonté d'autrui fut déterminée au moyen d'une tromperie »: DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 147), oppure nei rapporti di affetto o di amicizia (TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 102, almeno nell'ipotesi di « beffa » o di « scherzo spietato e dannoso »), o ancora nell'ambito famigliare, dove la preoccupazione di « voir pénétrer le juge en des affairs touchant la vie intime du foyer » (DABIN, *Le droit subjectif,* cit., p. 254; ROUAST, *Les droits discrétionnaires,* cit., p. 16), è meno seria ed allarmante che altrove su un terreno come quello della responsabilità civile: la casistica va allora dalla mancata comunicazione della causa di nullità del matrimonio (*retro,* cap. IV, nota 1), all'adulterio (SOURDAT, *op. cit.,* I, p. 26; DEMOGUE, *op. cit.,* 1, IV, cit., p. 64; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 15; MESSINEO, *Manuale,* V, cit., p. 619), compresa anche la posizione del terzo complice (PAILLET, *Manuel de droit civil,* 2ª ed., Bruxelles, I, 1842, p. 561; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 204; GINOSSAR, *Liberté contractuelle,* cit., p. 77), dal divorzio (una materia in cui la responsabilità è controllata quasi interamente dal dolo: cfr. la rassegna di H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 19 ss.; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, p. 310), alla seduzione (*retro,* cap. II, nota 31, cap. IV, nota 13 e cap. IX, nota 20; oppure SAVATIER, *op. cit.,* I, p. 41),

o all'atto di chi, anche senza seduzione, induce una donna a coabitare facendole credere di non essere sposato (*Restatement of torts,* III, cit., § 555); soluzioni che possono apparire qua e là invecchiate o discutibili (si pensi alla conclusione di VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 150, ispirata a una sentenza della Cassazione francese, per cui « se un padre fa passare per figlia legittima una figlia adulterina, e la dà in moglie ad uno nascondendo fraudolentemente questa sua qualità, è tenuto al risarcimento dei danni verso il genero, sebbene questi non possa forse pretendere l'annullamento del matrimonio »; oppure alle decisioni riportate da DEMOGUE, *op. loc. ult. cit.,* e RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 347, nota 5, sulla responsabilità per rifiuto dell'« accomplissement du devoir conjugal »; o alla stessa possibilità di condanna — per cui già DEMOLOMBE, *Cours,* cit., XXXI, p. 448 dichiarava di provare « une sorte de répulsion instinctive » — del terzo complice nell'adulterio), ma relative in ogni modo a un campo in cui lo sviluppo è incontestabilmente avvenuto nel segno dell'insufficienza della *culpa laevis.*

Altro settore in cui « l'acte est illicite non plus parce que l'agent a violé son devoir de respecter le domaine garanti d'autrui, mais parce qu'il a violé son devoir de loyauté et d'honnêteté » (DELYANNIS, *op. cit.,* p. 150), e quindi solo entro questi limiti soggettivi, è quello della lesione di interessi puramente economici (una categoria familiare, com'è ben noto, soprattutto agli scrittori di *common law,* che la distinguono proprio per le modalità che devono qualificare la condotta lesiva, ai fini della responsabilità: cfr. per tutti FLEMING, *An introduction,* cit., p. 173 e p. 218; in Svezia HELLNER, *The new sweedish tort liability Act,* in *Am. journ. comp. law,* 1974, p. 1 ss., 8; sinteticamente RABEL, *Deutsches und amerikanisches Recht,* cit., p. 352; e per le varie figure di *tort* che si iscrivono in questo campo, *retro,* cap. VIII, nota 23): spicca qui il caso della concorrenza sleale, la quale « sera abusive, *en dehors de tous procédés illégaux, déloyaux ou imprudents,* du moment que l'agent aura obéi, dans l'acte même par lequel il faisait, à quelque mobile immoral: désir méchant de ruiner une personne, volonté de peser sur sa liberté pour l'empêcher d'user de ses droits » (DABIN, *op. cit.,* p. 277; oppure GORPHE, *op. cit.,* p. 107; RIPERT, *op. ult. cit.,* p. 347; per la nostra giurisprudenza, *retro,* cap. II, nota 41); e, d'altra parte, « il boicottaggio, la diffusione di notizie idonee a gettare discredito sui prodotti o sull'attività altrui, le minacce contro i clienti per costringerli a cessare il rapporto, la corruzione di dipendenti allo scopo di ottenere la comunicazione di segreti d'impresa », e in generale tutti gli atti che sono « sleali » se dolosi, rimangono normalmente illeciti anche se a compierli è un non-concorrente (TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 105).

Ricordato come il dolo possa poi valere a far attribuire un'azione al terzo danneggiato da un inadempimento (per tutti, HECK, *Grundriss,* cit., p. 55), e come esso determini in generale un ampliamento nella sfera dei legittimati attivi (HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 370), occorre infine sottolineare che alla sua presenza sarà spesso vincolata la possibilità di agire contro chi ha frustrato con il proprio comportamento un'altrui *chance*: responsabilità di chi induce dunque un terzo a non concorrere ad un'asta pubblica (TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 90, nota 2), dell'erede complice del notaio per il danno risentito dal designato erede o legatario in caso di nullità del testa-

E ancora, ove un diritto che, di norma, sarebbe più ampiamente

---

mento pubblico (Cattaneo, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 145 s.), di chi ha causato la perdita o la distruzione di un testamento (Laurent, *op. cit.,* XIII, nn. 113-121), attuato frode o violenza nei confronti del testatore (Venezian, *op. cit.,* pp. 163-164; Laurent, *op. cit.,* XIII, nn. 122-124), pregiudicato in altro modo l'aspettativa di terzi ad un premio, a un contratto, ad un legato, a un'eredità, a una donazione (*retro,* cap. IV, nota 6, cui *adde* Dernburg, *Das bürgerliche Recht,* II, 2, cit., p. 799; Leonhard, *Besonderes Schuldrecht,* cit., p. 577; Alb. Ehrenzweig, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 148; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 898; Harper e James, *The law of torts,* cit., p. 512, nota 9; *Restatement of torts,* cit., IV, § 870; Millner, *Negligence in modern law,* cit., p. 71).

[72] Un sintomo di questa tendenza può anche ritrovarsi, soprattutto per quanto concerne la Francia, in quell'orientamento dottrinario (ad esempio, Demolombe, *Cours,* XXXI, cit., § 478, p. 414; P. Hugueney, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., p. 235 e p. 251; Baroncea, *Essai,* cit., p. 180; Demogue, *op. cit.,* 1, V, p. 552; Gorphe, *op. cit.,* p. 69; Popesco-Albota, *op. cit.,* p. 147 ss.; Hémard, *Droit civil,* II, cit., p. 118; da noi, Vitali, *Del danno,* cit., p. 115; Gabba, *Nuove questioni,* I, 2, cit., p. 220 e p. 288; altri richiami in Martine, *L'option,* cit., p. 139, nota 2; v. pure Bartin, in Aubry e Rau, *op. cit.,* VI, p. 372; Kohler, *Schuldrecht,* cit., p. 526; H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 155; Gemmecker, *Schadensersatzansprüche aus Lieferung mangelhafter Ware,* cit., p. 45) e giurisprudenziale (citazioni in Rodière, *La responsabilité civile,* cit., p. 334; oppure Marty-Raynaud, *Droit civil,* II, 1, cit., p. 338, nota 4) volto a riconoscere la possibilità di un concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, o comunque la « extracontrattualizzazione » della stessa, in tutte le ipotesi in cui l'inadempimento dell'obbligazione sia avvenuto con dolo (frequente, allora, il richiamo ad un passo di Bigot-Préameneu, in Locré, XII, p. 330: « Le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation, différente de celle qui résulte du contrat; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant le tort qu'il a causé »; si vedano, in particolare, Demogue, *op. ult. cit.,* p. 560; Pirson-De Villé, *Traité,* I, cit., p. 61 ss.; Van Ryn, *Responsabilité aquilienne,* cit., *passim*). Anche nella nostra giurisprudenza, il principio che di fronte ad un inadempimento doloso il creditore possa disporre dell'azione aquiliana, ha trovato qualche occasionale riconoscimento: chi ha condotto un esame accurato di queste decisioni, è giunto alla conclusione che la possibilità di esperire il rimedio *ex delicto* accanto a quello *ex contractu* sia stata concessa — e debba, comunque, essere ammessa — non già nei casi di generico dolo del debitore, ma soltanto là dove si constati uno specifico *animus nocendi* dello stesso (Lupoi, *Il dolo,* cit., p. 527, il quale ritiene una soluzione del genere conforme anche alla tradizione del diritto comune).

[73] Per la necessità del dolo, in generale, Bufnoir, *Propriété et contrat,* cit., p. 803; Heck, *Grundriss,* cit., p. 452; Guhl, *op. cit.,* p. 151; Betti, *Limiti giuridici,* cit., p. 7787; Id., *Teoria generale delle obbligazioni,* III, cit., p. 152; Id., *Teoria del negozio giuridico,* cit., p. 274; sia pur limitatamente,

difendibile, risulti in quel frangente indebolito a seguito di qualche

---

lo stesso Fedele, *Il problema,* cit., p. 105; e ancora Simont, *Contribution à l'étude de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle,* in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, p. 164 ss., ove ampi richiami di giurisprudenza conforme; Oftinger, *op. ult. cit.,* p. 115; Harper e James, *op. cit.,* p. 499 ss.; Ficker, *Interference with contractual relations,* cit., p. 184; v. Büren, *op. cit.,* p. 53, nota 68; Dias, in Clerk e Lindsell, *op. cit.,* p. 456; nel caso di un dolo specifico, Cian, *Nuove oscillazioni,* cit., p. 636.

Si vedano inoltre Kohler, *op. ult. cit.,* p. 526; O. v. Gierke, *op. ult. cit.,* p. 894, nota 48; H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 156 ss.; O. C. Fischer, *Die Verletzung des Gläubigerrechts,* cit., p. 103; v. Tuhr, *Partie générale,* I, cit., p. 327; Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.,* p. 646; Siber, *Schuldrecht,* cit., p. 456; Demogue, *Traité,* 1, III, cit., p. 377 ss.; Ehrenzweig, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 142; Gorphe, *op. cit.,* pp. 78-99; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.,* p. 213; Larenz, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 37; Id., *Bes. Teil,* cit., p. 368; Seavey, *Principles of tort, cit.,* p. 85; Hedemann, *Schuldrecht,* cit., p. 357; Soergel-Lindenmaier, *op. cit.,* p. 696 ss.; P. Esmein, in Aubry e Rau, *op. cit.,* VI, p. 550; Delyannis, *op. cit.,* p. 238 ss.; Carraro, *Valore attuale,* cit., p. 796 ss.; Fikentscher, *op. cit.,* p. 243, p. 245 e p. 561; Molitor, *Bes. Teil,* cit., p. 193; Ginossar, *op. ult. cit.,* p. 94; Löwisch, *Der Deliktsschutz,* cit., p. 140; Soergel-Knopp, *op. cit.,* § 826, Bem. 30; Amtmann, *op. cit.,* p. 121 e p. 133; Eike Schmidt, *Grundlagen,* cit., p. 564; Rehbein, *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte,* Münster, 1968, p. 241 ss.; Fleming, *op. cit.,* p. 222; Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte,* cit., p. 215 ss. (con particolare ampiezza).

Per l'insufficienza del dolo generico, e per la necessità dell'« intento emulativo », Rubino, *La fattispecie,* cit., p. 325, nota 1; cfr. anche Trimarchi, *Illecito,* cit., p. 105, secondo cui, nel caso di uccisione del debitore, i titolari di crediti diversi da quello alimentare non sono tutelati se non quando « l'atto lesivo sia dettato proprio dall'intento di pregiudicare il credito ». Per qualche cenno analogo, Hedemann, *Die Flucht,* cit., p. 8; Oser e Schönenberger, *op cit., sub* art. 41, n. 99.

È questo, in conclusione, uno dei campi in cui più spiccata è l'indipendenza che il dolo mostra di assumere rispetto alla colpa, giacché è certo che a quest'ultimo titolo la risarcibilità del danno potrà aver luogo solo in casi circoscritti, mentre dinanzi ad un contegno intenzionale la responsabilità sarà tendenzialmente sempre ammissibile. Ciò dipenderà, formalmente, dall'impossibilità di ritenere *ingiusta* la lesione di una serie di diritti di credito, laddove la condotta dell'agente sia stata meramente sprovveduta; più spesso, dalla necessità di riconoscere che l'evento consistente nel mancato adempimento, quand'è troppo lontano causalmente per poter essere imputabile al soggetto negligente, deve invece ritenersi « cagionato » da chi ha agito proprio al fine di provocarlo.

Quanto al trattamento del terzo complice nell'inadempimento, le motivazioni diffuse nell'ambiente francese possono ben riassumersi con il richiamo ad un passo di Delyannis, *op. cit.,* p. 169, il quale osserva che « si l'on tient compte que le tiers complice poursuit, le plus souvent, lui aussi des

circostanza: distanza causale dal contegno che è valso ad arrecare la

---

intérêts équivalents, on comprend très bien pourquoi le Droit ne peut pas garantir ces intérêts du créancier contre toute atteinte. Ce serait, en effet, absurde de condamner à des dommages-intérêts le tiers qui, à son insu, contracte avec une personne, déjà liée, à propos du même objet, avec un autre, pour la seule raison, qu'elle n'avait pas fait le nécessaire pour s'informer, que ce lien existait déjà au moment où il contractait. N'y aurat-il pas là une atteinte grave au principe de la liberté des transactions qui est, elle aussi, une des manifestations de la liberté générale, dont jouit tout individu? La seule chose que le Droit peut faire, dans ce cas, c'est de condamner certaines manières d'agir du tiers, qui heurtent les principes de la Justice, telles que manoeuvres frauduleuses, le fait d'inciter le débiteur à violer ses engagements anterieurs, en pleine connaissance de leur existence et alors que l'intérêt spécialement poursuivi par le tiers est d'une valeur inférieure à celle de l'intérêt atteint du créancier. Mais, alors, même si l'on insiste de parler d'*atteinte au droit de créance,* il ne faut pas oublier que ce n'est pas cette atteinte, en elle même, qui donne à l'ensemble de l'acte le caractère d'illicite, *mais la manière immorale et injuste,* dont le tiers complice s'est comporté dans le cas concret ». In senso analogo, con vari accenti, BARTIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 338, nota 1 *ter*; P. HUGUENEY, *op. cit.,* p. 246 ss. e p. 251; DEMOGUE, *op. cit.,* 2, VI, 1933, p. 580 ss.; H. MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* cit., p. 608 ss.; L. HUGUENEY, *Note* a Req. 5 mars 1928, in *Sirey,* 1929, I, p. 5; LALOU, *La responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers,* in *Dalloz,* 1928, *Chr.,* p. 69; BOULANGER, *Conflits des droits non soumis à la publicité,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1935, p. 535; DALCQ, *Traité,* I, cit., p. 129 e p. 205; STARCK, *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui,* in *J. C. P.,* 1954, p. 1180; ID., *Responsabilité du contractant envers le tiers,* cit., p. 72 (almeno in materia immobiliare); VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude,* cit., p. 326 ss.; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, cit., p. 180 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 343; GINOSSAR, *Liberté contractuelle,* cit., p. 22 ss., p. 71 ss., p. 49 ss. Fra i nostri autori, ad esempio, LORDI, *Contratto a danno di terzi,* cit., p. 481 ss., e p. 489; FERRARA SANTAMARIA, *Introduzione,* cit., p. 111 ss.; parzialmente SANTINI, *La vendita a prezzo imposto,* cit., pp. 1090-1091; di recente, LUPOI, *op. ult. cit.,* p. 299; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 32 e p. 81; TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, Trib. Bergamo, 27 novembre 1969, in *Giur. it., Rep.,* 1972, voce « *Resp. civile* », n. 49; Cass. 26 aprile 1972, *ivi,* voce cit., n. 5. Per la Svizzera, MERCIER, *Faut-il admettre l'existence du jus ad rem en droit civil suisse?,* Lausanne, 1929; BECKER, *Kommentar,* cit., p. 222. In Austria, KOZIOL, *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte,* Wien-New York, 1967, p. 62 ss. Nella letteratura tedesca, KISS, *Verleitung zur Vertragsverletzung,* cit., p. 15 ss.; RABEL, *Le vicende,* II, cit., p. 466; FABRICIUS, *Zur Dogmatik des « sonstigen Rechts »,* cit., p. 284; Manfred WOLF, *Der Ersatzberechtigte,* cit., p. 711; KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte,* cit., p. 60 ss.; DEUTSCH, *Verleitung zum Ver-*

lesione [74], spontanea accettazione del pericolo da parte di chi subisce

---

tragsbruch und Schutz der Preisbindung gegen Aussenseiter, in *JZ,* 1973, p. 585 ss. Per i sistemi di *common law, retro,* cap. VIII, nota 23: cui *adde* FREUND, *Malice,* cit., p. 451 ss.; SCHOFIELD, Lumley *v.* Gye, cit., p. 22; LAUTERPACHT, *Contracts to break a contract,* in *Law quart rev.,* 1936, p. 494 ss.; PAYNE, *Interference with contract,* in *Current legal problems,* 1954, p. 111; *Note,* in *Corn. law quart.,* 1933, p. 292; HART e HONORÉ, *op. cit.,* p. 174 ss.; PROSSER, *Handbook,* cit., p. 964; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 632 ss. (« To *induce* a breach of contract means to create a reason for breaking it; to *advise* a breach of contract is to point out the reason which already exists. The former is certainly actionable; the latter is probably innocent»); COLYER, *A modern view,* cit., p. 178 ss.; ROBB e BROOKES, *An outline,* cit., p. 233; SCOTT, *Casebook,* cit., p. 337 ss.; WEDDERBURN, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 378 ss.; HUGHES, *Liability for loss caused by industrial action,* in *Law quart. rev.,* 1970, p. 181 ss., 182 s.

Per la necessità — ai fini della responsabilità — della *scientia fraudis* nel terzo che distrugge, deteriora o trasferisce efficacemente la cosa oggetto dell'alienazione per cui il creditore agisce con la revocatoria, NATOLI, *L'attuazione,* III, cit., p. 186 ss. E con riferimento al « negozio illecito », in generale, BARBERO, *Sistema,* II, cit., p. 857.

Sulla possibile rilevanza del dolo nell'ipotesi di recesso dalla trattativa contrattuale — qui come inizio di trattative *sapendo* di non volerle condurre in porto — DE CUPIS, *Il danno,* I, cit., pp. 102-103 (secondo cui responsabilità potrebbe esservi appunto solo in caso di trattative avviate col preordinato disegno di recedere); ID., *Contributi alla teoria del risarcimento,* cit., p. 30 ss.; FORCHIELLI, *op. ult. cit.,* III, p. 120; LEONHARD, *Bes. Schuldrecht,* cit., p. 577. Si vedano pure KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 523; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* Milano, 1963, p. 53; PIOTET, *Culpa in contrahendo,* cit., p. 112; BESSONE, *Rapporto precontrattuale,* cit., p. 966, nota 6; nonché, sotto il profilo del *quantum respondeatur,* VERGA, *Errore e responsabilità,* cit., p. 295 ss.

[74] *Retro,* cap. II, n. 7, cap. III, n. 4 e cap. X, n. 3 ss. Fra i casi non ancora ricordati, sempre che se ne accetti l'inquadramento sotto la voce della causalità, può anche essere menzionato quello di chi aiuta taluno ad uccidersi: sembra difficile, infatti, ammettere per tale ipotesi una responsabilità a titolo di colpa semplice (DELYANNIS, *op. cit.,* p. 183; e già FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 787; oppure OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 55; sul punto v. ora SPENDEL, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung,* in *JuS,* 1974, p. 746 ss.).

Non solleva problemi particolarmente gravi, almeno in via di principio, la questione della cernita dei legittimati attivi nella cerchia dei vari soggetti colpiti dall'azione lesiva, trattandosi soltanto di una moltiplicazione in relazione ad ognuna delle vittime di un giudizio che si ripropone volta a volta con le stesse caratteristiche tecniche dell'ipotesi in cui uno solo sia il danneggiato: cfr., al riguardo, Manfred WOLF, in *NJW,* 1967, cit., p. 710 ss., il quale osserva appunto come non tutti i soggetti lesi da un comportamento doloso possano

il danno [75], mancanza di intese contrattuali o di un corrispettivo per

---

per ciò stesso ottenere il risarcimento, e conclude che il successo di ciascuna delle azioni dipenderà dalla possibilità di riconoscere per il singolo rapporto preso in considerazione le note della *Sittenwidrigkeit*; è evidente però che, per la stessa Germania, il discorso è possibile anche al di là del terreno del § 826 BGB, e, se affrontato in generale, esso deve quindi ricevere una risposta nella quale siano presente tutti i riferimenti ordinari del giudizio di responsabilità.

[75] Si vedano i casi classici riportati da BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 362 (irresponsabilità di chi ferisce colui che, senza precauzioni, aveva attraversato il campo di tiro con l'arco, o la zona di caccia, o di chi ha scagliato involontariamente la palla sulla mano del barbiere che stava radendo lo schiavo); i rilievi di PACCHIONI, *Delitti,* cit., p. 157 (mancanza di azione per chi « conoscendo la poca perizia o l'eccessiva audacia del conduttore o l'imperfezione della macchina » abbia « ciononostante profittato di salirvi », ma questo solo in ipotesi di colpa: analogamente DE PAGE, *Traité,* cit., p. 1016); le illustrazioni fornite da SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 615 ss. (aggiornando uno degli esempi del quale, è facile osservare che se Tizio si è aggrappato inopinatamente all'automobile in corsa di Caio, dotata di predellino o di portabagagli esterno, Caio non potrà esser responsabile se, in seguito a una manovra poco regolamentare, da lui eseguita nel tentativo di fermare la vettura, Tizio si è trovato scaraventato al suolo; mentre il contrario dovrebbe dirsi ove quella manovra fosse stata attuata deliberatamente per far del male a Tizio).

Un'applicazione del principio qui discusso — criticabile in se stessa, ma indicativa della vitalità di quest'ultimo — può cogliersi anche nel tentativo di spiegare la regola dell'irrisarcibilità dei danni imprevedibili nell'inadempimento, tranne il caso di dolo, proprio in base al rilievo che in tale ipotesi, a differenza di quanto accade con i fatti illeciti, il creditore si è esposto volontariamente al pericolo del danno (ad esempio, SOURDAT, *op. cit.,* I, p. 659).

In generale, SALMOND, *Law of torts,* cit., pp. 49-50 (« ... one who interferes wilfully and officiously in another's affairs takes the risk of all injuries which are not inflicted in deliberate disregard of his presence... »); D. M. W., 1964, in *Jur. Rev.,* p. 167 (« You had agreed to absolve me from the duty of taking care for you, so that, if harm happens, I was not negligent, and you cannot recover »); FLEMING, *op. cit.,* p. 145; *Restatement of torts,* II, cit., § 466, comment *c* e IV, cit., § 893. Per l'ipotesi dei danni subiti in un rodeo, PROSSER, *op. cit.,* p. 35, nota 67. Indicative, nella nostra giurisprudenza, le decisioni del Trib. Brescia, 5 marzo 1954, in *Riv. giur. circ. trasp.,* 1964, c. 1074 (assoluzione di Ascari il quale aveva sbandato con la macchina fuori della sede stradale, investendo alcuni spettatori durante un'edizione delle Mille Miglia), e del Trib. Monza, 30 marzo, 1965, in *Arch. pen.,* 1965, II, p. 507 ss. (« Potrebbe forse ritenersi che la manovra di Clark fu audace, eccessivamente audace, ma l'audacia è un dato indefettibile dello sport automobilistico »: così fu scagionato Clark per il noto incidente provocato dalla collisione con la vettura di v. Trips). Ritiene che, per quanto concerne le lesioni arrecate nella *boxe* o nel *rugby,* si debba distinguere a seconda che

l'agente [76], previa colpevole intrusione entro l'altrui sfera di control-

---

il fine perseguito dall'agente sia stato quello sportivo, oppure proprio quello di arrecare danno, HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques,* cit., p. 89. Per l'insufficienza della colpa semplice, anche riguardo alla lotta e alla *Mensur,* KNEFELI, *Die Haftung bei Sportverletzungen,* Jena, 1937, p. 31; MAHLING, *Die strafrechtliche Behandlung von Sportverletzungen,* Berlin, 1939, p. 68. Da ultimo, GRUNSKY, *Zur Haftung bei Sportunfällen,* in *Juristenzeitung,* 1975, p. 109 ss., 112. V. anche Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel,* cit., p. 496. Per un'ipotesi in cui un cacciatore fu parzialmente scagionato dalla responsabilità, in relazione alle ferite riportate da un suo compagno a seguito di un incidente di caccia, App. Rouen, 9 mai 1929, in *Dalloz,* 1929, p. 323 (la Corte affermò che, data l'accettazione del rischio da parte della vittima, una responsabilità integrale del feritore sarebbe stata possibile solo in caso di dolo; in senso analogo la casistica offerta adesso da DURRY, in *Rev. trim. dr. civ.,* 1975, p. 310 s.). Su tutti questi punti, cfr. ancora POLLOCK, *op. cit.,* pp. 161-162; BOHLEN, *Voluntary assumption,* cit., p. 17; FUZIER-HERMAN, *Code civil,* cit., IV, p. 566; KUNSTLER, *The law of accidents,* cit., p. 8; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations,* 1, cit., p. 794; di nuovo PROSSER, *op. cit.,* p. 102; DELYANNIS, *op. cit.,* p. 178 e p. 186; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 116; BONASI BENUCCI, *op. ult. cit.,* p. 249; SCOTT, *Casebook,* cit., p. 242 e p. 254; DI PRISCO, *Concorso di colpa,* cit., p. 404 (il quale richiama alla necessità di distinguere secondo il carattere di normalità o anormalità del rischio « assunto »); ATIYAH, *Accidents,* cit., p. 159 ss.

[76] E ciò « in forza del principio: nessun interesse minima responsabilità, che domina tutto il diritto contrattuale »: così, VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 119. Oppure, in generale, PFAFF, *op. cit.,* pp. 66-67; POLACCO, *Obbligazioni,* cit., p. 441; PROUDHON, *Usufrutto,* cit., II, p. 18 ss.; UNGER, *Handeln auf fremde Gefahr,* in *Jhering's Jahrbücher,* 1894, p. 298 ss., 318 ss.; DEMOGUE, *op. cit.,* 1, III, cit., p. 398; BOHLEN, *Misrepresentation as deceit, negligence or warranty,* cit., p. 742; LEONHARD, *Bes. Schuldr.,* cit., p. 545; GORPHE, *op. cit.,* p. 106; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 77 ss.; *Restatement of torts,* II, cit., § 342; P. ESMEIN, *De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1938, p. 400; ID., *Le clauses de non responsabilité,* cit., p. 325; SCIALOJA, *Negozi giuridici,* cit., p. 359; OFTINGER, *op. cit.,* p. 245; ESSER, *Fälle und Lösungen,* cit., p. 134; ID., *Schuldrecht,* I, cit., p. 251; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 542; Van RYN, *op. cit.,* p. 314; PROSSER, *op. cit.,* p. 184 e p. 191; ROTHER, *op. cit.,* p. 163 ss.; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 58; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.,* Vorbem. § 823, 37, p. 855; BIANCA, *op. cit.,* p. 137 ss.; SCOTT, *Casebook,* cit., p. 279; H. J. HOFFMANN, *Der Einfluss des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmass,* in *AcP,* 1967, p. 394 ss.; BUCHNER, in *NJW,* 1967, cit., p. 2385; STREET, *op. cit.,* p. 164; Hans STOLL, in *RabelsZ.,* 1970, cit., p. 497; DELL'AQUILA, *Note comparatistiche sull'elemento dell'« Intention » nel diritto inglese,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1973, p. 1162 ss., 1172, nota 25.

Proprio in materia contrattuale la regola ha trovato infatti più frequente

applicazione: così, nel caso di inadempimento o di ritardo, il donante risponde solo per dolo o colpa grave (art. 789 cod. civ.: per la generalità del principio ivi affermato, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 49; BIANCA, *op. cit.*, p. 138; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli*, Torino, 1961, p. 535); e, secondo gli artt. 1710, 1° comma, e 1768, 2° comma, dev'esser valutata con minor rigore del consueto la responsabilità per colpa del depositario e del mandatario a titolo gratuito (DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 164; NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, p. 106 ss.; BIANCA, *op. loc. ult. cit.*). Sono poi da ricordare quelle norme che, per le alienazioni a causa di liberalità, stabiliscono che la garanzia per evizione e per i vizi della cosa operi soltanto in caso di mala fede (artt. 168, 3° comma, per il costituente del patrimonio familiare; 180, 2° comma, per chi ha costituito la dote; 797 e 798, per il donante; 1266, per chi ha ceduto il credito a titolo gratuito); nonché gli artt. 1812 e 1821, 2° comma, secondo i quali, nel comodato e nel mutuo a titolo gratuito, il trasferente non risponde per i danni derivanti da vizi della cosa se non quando, conoscendo il vizio, avesse omesso di avvertire la controparte.

Non va poi dimenticato l'art. 414 cod. nav. che, per il trasporto marittimo amichevole, limita alla colpa grave la responsabilità del vettore; anche se occorre tener fermo che, di regola, « il riconoscimento di un minor grado di diligenza in connessione al titolo gratuito non può ritenersi esteso agli obblighi volti a tutelare l'incolumità personale » (così BIANCA, *op. cit.*, p. 139 e p. 411 ss.; ma già WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 627; oppure ASQUINI, *La responsabilità del vettore*, cit., p. 92; P. ESMEIN, *De l'influence*, cit., p. 395; ID., *Trois problèmes*, cit., p. 367; ID., *Les clauses de non responsabilité*, cit., p. 339; COZZI, *La responsabilità civile per danni da cose*, cit., p. 431; DISTASO, *Le obbligazioni*, cit., p. 515; DEUTSCH, *Abschied von der culpa in concreto?*, in *JuS*, 1967, p. 496 ss., 498; RAISBECK, *Injured passengers - The road to compensation*, in *Journ. of busin. law*, 1973, p. 322 ss., 326 s.; E. BOEHMER, in *JZ*, 1973, cit., p. 160). È diffusa, d'altra parte, l'opinione circa il carattere di eccezionalità di questa norma (*retro*, Cap. IV, nota 19), e sulla sua inestensibilità in via analogica al trasporto terrestre: dove il limite del dolo o della colpa grave — per cui, ad esempio, VAN RYN, *op. cit.*, p. 309 — non incontra nemmeno più il sostegno della giurisprudenza, disposta ormai soltanto a negare l'applicabilità a quest'ipotesi della presunzione di colpa prevista per il caso ordinario (restando nell'ambiente francese, DE PAGE, *op. cit.*, II, p. 1016; P. ESMEIN, *De l'influence*, cit., p. 390; LESERVOISIER, *La responsabilité civile résultant du trasport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*, Paris, 1966, p. 107; CHAPUS, *op. cit.*, p. 361; PUECH, *op. cit.*, p. 82, nota 207). Anche negli Stati Uniti, la tendenza a esonerare il trasportatore benevolo per le lesioni colpose al passeggero — tendenza rispecchiata nella legislazione di oltre metà degli Stati: per tutti, GREGORY, *Gratuitous Undertakings and the duty of care*, in *De Paul law rev.*, 1951, p. 30 ss., 33 ss.; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 950 ss.; e, recentemente, *Terry* v. *Fagan*, 1969, in *Virg. law rev.*, 1969, p. 1401; FLEMING, *The role of negligence*, cit., p. 818 — non è andata esente da critiche ed attacchi (significativo *Dickenson* v. *Tabb*, 1967, in *Virg. law rev.*, 1968, p. 1654); così com'è avvenuto per l'immunità del

proprietario negligente rispetto al *gratuitous licensee* (*Restatement of torts*, II, cit., p. 740), anch'essa avviata ormai sulla via del tramonto.

Più significativo è certamente il campo delle informazioni date a titolo di cortesia, la cui inesattezza, se è fonte di danni per chi ha fatto la richiesta, non può esporre a conseguenze giuridiche chi sia stato soltanto negligente, la responsabilità nascendo appena — secondo i casi — dalla frontiera della malafede in avanti: in tal senso, oltre alle decisioni e agli autori già citati (*retro*, cap. II, nota 42; cap. VIII, nota 1; cap. IX, nota 25), cfr. nella letteratura più antica NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 162; BASEVI, *op. cit.*, p. 638; WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 597; DERNBURG, *Lehrb. des Preuss. Privatrechts*, II, cit., p. 852; MATTEI, *Cod. civile*, IV, cit., p. 133; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 787; FUZIER-HERMAN, *op. cit.*, IV, p. 746 ss.; KOHLER, *op. ult. cit.*, p. 524; v. TUHR, *op. ult. cit.*, I, p. 331, nota 65; e successivamente, *Restatement of torts*, II, cit., § 302, ill. 15 e § 310; III, cit., § 552; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.*, p. 681 ss.; CHARLESWORTH, *op. cit.*, p. 19; Manfred WOLF, in *NJW*, 1967, cit., p. 710; FLEMING, *op. cit.*, p. 218; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.*, § 826, Bem. 143 ss.; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 465 ss.; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, III, cit., p. 22 ss.; LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft*, in *Festschrift Larenz*, München, 1973, p. 575 ss., 579 e 620; HEUSTON, Donoghue *v.* Stevenson: *a fresh appraisal*, in *Curr. leg. probl.*, 1971, p. 37 ss., 46.

A titolo di dolo, anche se per i soli danni patrimoniali, risponderà poi chi ha divulgato un segreto di cui *non* aveva avuto notizia « per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte » (art. 622, cod. pen.): occorrerà comunque che l'agente avesse saputo di trovarsi innanzi ad un segreto — il quale non doveva essere contrario al diritto (più incerto il rapporto con la morale) — e che non abbia avuto un motivo apprezzabile per dover parlare; in presenza di concause importanti, sarà spesso necessario dimostrare che la rivelazione è avvenuta con lo scopo preminente di nuocere all'interessato (per il confronto con l'art. 622 cod. pen., CATTANEO, *op. ult. cit.*, p. 914 ss.). Sul punto, JENKS, *op. cit.*, I, p. 294; L. MARTIN, *Le secret de la vie privée*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1959, p. 227 ss., specialmente p. 254, ove si osserva come, per la giurisprudenza, sia di regola necessario che « la faute ait eu pour effet d'imprimer à la victime un caractère ridicul ou odieux ». Quanto al *tort* di *breach of confidence* — che sta « forse emergendo » nel diritto inglese — si veda la recentissima casistica offerta da STREET, *op. cit.*, pp. 372-373; oppure DWORKIN, *op. cit.*, p. 25 s.; VEITCH e MIERS, *Assault on the law of torts*, in *Mod. law rev.*, 1975, p. 139 ss., 141 nota 25; FLEMING, *op cit.*, p. 213 (e ivi anche *Argyll* v. *Argyll*, 1965: indiscrezioni di un duca sugli « earlier and happier days » di vita con la moglie); NORTH, *Disclosure of confidential information*, in *Journ. of busin. law*, 1966, p. 31 ss. Per la violazione del segreto industriale, un rilievo esplicito della malafede è contenuto nel *Restatement of torts*, IV, cit., §§ 757-758.

Anche la decisione di *Candler* v. *Crane, Christmas & Co.*, 1951 2 K. B. 164 — caso di un contabile che, nel preparare il bilancio di una società per un cliente che la presiedeva, aveva fatto apparire la stessa assai più solida

lo [77], omessa vigilanza sopra un bene che altri poi usurpa al titolare [78].

Oppure — in una serie di occasioni — laddove il pregiudizio

---

di quanto non fosse, e fu poi dichiarato irresponsabile verso un terzo il quale aveva investito rovinosamente il suo denaro nella società — si spiega con il fatto che l'errore aveva base in una mera negligenza (cfr. EDDY, *Professional negligence,* London, rist., 1956, p. 63; CATTANEO, *op. cit.,* p. 387, nota 19). Così, da noi, l'ingegnere che fa una stima giurata per conto del proprietario di un fondo, attribuendo a questo un valore esagerato, non è responsabile verso il terzo che, avendo dato in mutuo una somma superiore al valore effettivo del bene, si accorge dell'inadeguatezza della garanzia in sede di esecuzione forzata (Cass. 4 giugno 1937, in *Foro it.,* 1937, I, c. 1698), ma lo sarebbe ove l'inesattezza fosse « volontariamente preordinata al fine di danneggiare il terzo » (CATTANEO, *op. cit.,* p. 386; v. pure *Heskell,* v. *Continental Express Ltd.,* 1950 1 All. E. R. 1033). E il curatore di un fallimento non risponde dei danni cagionati ai terzi dalla non tempestiva trascrizione della sentenza dichiarativa, se non nel caso di dolo o colpa grave (Trib. Varese, 31 dicembre 1951, in *Foro pad.,* 1952, I, c. 464). Per qualche altra ipotesi, da ultimo, WUNDERLICH, in *MDR,* 1975, cit., p. 105.

[77] Cfr. *retro,* cap. X, nota 120. Oppure Hailsham, in *Robert Addie & Sons (Collieries) Ltd.* v. *Dumbreck,* 1929 A. C. 358, 365 (« ... Towards the trespasser the occupier has no duty to take reasonable care for his protection or even to protect him from concealed danger. The trespasser comes on the premises at his own risk. An occupier is an a such a case liable only where the injury is due to some wilful act involving something more than the absence of reasonable care. There must be some act done with the deliberate intention of doing harm to the trespasser, or at least some act done with reckless disregard of the presence of the trespasser »); Morton of Henryton in *Edwards* v. *Railway Executive,* 1952 A. C. 737, 749; *Videan* v. *B. T. C.,* 1963, 2 Q. B. 650. E, nella letteratura, *Restatement of torts,* II, cit., § 333 e pp. 1291-1292; IV, cit., § 889, comment *f*; CHARLESWORTH, *op. cit.,* p. 233; SCHUSSERL, *op. cit.,* p. 74; Mc NIECE e THORNTON, *op. cit.,* p. 1274; MAYSON, *Law and the engineer,* cit., p. 297; Hans STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr,* cit., p. 212; P. S. JAMES, *Introduction,* cit., p. 339; ODGERS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 630; KEAN, *Aerodrome operators - Some legal problems,* in *Journ. of busin. law,* 1966, p. 232 ss., 242; per un riesame, da ultimo, Mc MAHON, *Conclusion on judicial behaviour from a comparative study of occupier's liability,* in *Mod. law rev.,* 1975, p 39 ss.

[78] Di *culpa in custodiendo* del proprietario, il quale non vigila sul bene che un terzo acquisterà poi efficacemente *a non domino,* hanno parlato ad esempio VENEZIAN, *op. cit.,* p. 319; REICHEL, *Gutglaubigkeit beim Fahrniserwerb,* Wien, 1915, p. 8; SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral,* cit., p. 119; GORPHE, *op. cit.,* p. 155 ss. Il riferimento è stato utilizzato talvolta anche per l'usucapione (in particolare, L. RIPERT, *La réparation,* cit., pp. 52-53), anche se va osservato che qui la malafede del possessore, come non impedisce l'acquisto, non può neppure esporre a responsabilità.

sia morale [79], o troppo personale e soggettivo per rendere fondata una doglianza [80], o frutto degli incerti che ineriscono al vivere stesso in società [81]; a parte le figure in cui l'azione non è materialmente con-

---

[79] *Retro,* Cap. II, n. 6. Cfr. pure CRICK, *L'élément « degré de la faute »,* cit., p. 25; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery,* cit., p. 792 s.; WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 815; LAMBERT T., Jr., *Tort liability for psychic injuries,* in *Boston Univ. law rev.,* 1961, p. 584 ss., 587 ss.

[80] Sulla risarcibilità del cd. prezzo o valore di affezione — e sul ruolo che può assumere, al riguardo, la considerazione dell'elemento soggettivo — si vedano i richiami offerti *retro,* cap. IX, nota 15.

Notevoli poi le soluzioni prospettate dalle corti americane in materia di *assault* — per il caso di chi, sapendo di avere innanzi a sé un soggetto particolarmente sensibile, compia un gesto che l'altro non può non avvertire come minaccia di ingerenza nella sua sfera personale: cfr. CARPENTER, *Intentional invasion of interest of personality,* cit., p. 231; PROSSER, *op. cit.,* p. 39 — oppure nel campo dell'*infliction of mental distress* (per l'ipotesi di un agente ignaro della spiccata vulnerabilità psichica della vittima: ancora PROSSER, *op. cit.,* p. 50, che documenta il tendenziale orientamento verso l'irresponsabilità; cfr. pure il *Restatement of torts,* I, cit., § 27; MAGRUDER, *op. cit.,* p. 1042; e si vedano HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 403; FLEMING, *op. cit.,* pp. 44-45; STREET, *op. cit.,* p. 23; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* pp. 345-346; d'altra parte, HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 669, ove richiami alle varie decisioni in cui l'autore, consapevole della *unusual sensitivity* della vittima, fu invece ritenuto responsabile; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials,* cit., p. 946 ss., presso cui la rassegna delle condanne rispettivamente inflitte a chi aveva provocato turbe mentali nel *plaintiff* uccidendo un terzo in sua presenza, o suicidandosi, o compiendo violenze, o vendendo fraudolentemente bare non ermetiche, o ritardando la cremazione di un congiunto, o vendendo abusivamente le foto dei cadaveri dei due fratelli siamesi del *plaintiff* siamese; così ancora il *Restatement,* IV, cit., § 868).

Ma si pensi anche agli esempi offerti *retro,* cap. II, nn. 7 e 8, in cui il trattamento originale riservato al dolo, dal punto di vista della causalità, s'imponeva proprio per il rilievo della soggettività e inconoscibilità — tale da rendere irragionevole l'introduzione di un dovere di rispetto e prudenza — dell'interesse pregiudicato dall'autore. Cfr. inoltre HELLE, *Der Schutz der persönlichen Ehre,* cit., p. 66 ss.; nonché Eike v. HIPPEL, *Haftung für Schockschäden Dritten,* in *NJW,* 1965, p. 1890 ss., 1893, secondo cui, nell'ipotesi di dolo, occorre ammettere una rilevanza dello *shock* subito anche a seguito della lesione di un animale o di una cosa, oppure, per quanto riguarda la persone la cui lesione ha provocato lo *shock* dell'attore, anche quella degli amici e conoscenti.

[81] Ad esempio, pubblicità menzognera (*retro,* cap. IV, nota 33; e, da ultimo, GUINCHARD, *La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse,* Paris, 1971, p. 32 ss.), oppure contagio di una malattia rara (occorrerà, di regola, almeno la malafede dell'agente; in verità, anche per la lue, la Cass. 28 giugno 1948, n. 1026, in *Foro it., Rep.,* 1948, voce « *Resp.*

cepibile se non come cosciente e volontaria, e dove la malizia farà testo in quanto presupposto dell'evento [82]; o quelle in cui, se l'atto

---

civ. », n. 78, ha scagionato l'autore in buona fede, ma l'orientamento appare ormai superato), o ancora *avances* e complimenti non autorizzati (PROSSER, *op. cit.,* p. 35, testo e note 67 e 68; FLEMING, *op. cit.,* p. 193). Ma potrebbero ugualmente menzionarsi, data l'ampiezza della voce utilizzata, molti casi già accennati appena sopra, o qualche applicazione degli stessi, ed altri non ancora qui citati; dolo-raggiro nel negozio, incidentale o anche causale (*retro,* cap. II, nota 22; e, per una recente significativa applicazione, Ch. com., 7 oct. 1974, in *Dalloz,* 1975, *Jurispr.,* p. 12), dolo-raggiro e reticenza del terzo, sempre in relazione ad un negozio (cfr. BEDARRIDE, *op. cit.,* p. 320; DERNBURG, *Pandette,* I, 1, cit., p. 312; FUZIER-HERMAN, *op. cit.,* IV, n. 1893, p. 698; LORDI, *op. cit.,* pp. 488-489; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* VI, 1, p. 699; CARRARO, *Valore attuale,* cit., p. 795, nota 33; JOSSERAND, *Les mobiles,* cit., p. 122; SEAVEY, *Cogitations,* cit., p. 17; SAVATIER, *Traité,* I, cit., p. 39; BENATTI, *op. cit.,* p. 88; Joanna SCHMIDT, *op. cit.,* p. 70; VISINTINI, *La reticenza,* cit., p. 278 ss.), violenza morale (cfr. pure v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 69, p. 277, p. 330; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 263), impedimento ad un altro della possibilità di esercitare il diritto di voto (*Restatement of torts,* IV, cit., § 865), occultamento da parte del minore della propria minor età (CESAREO CONSOLO, *op. cit.,* p. 717), simulazione del contratto (DEMOGUE, *op. cit.,* I, n. 165; VERGA, *Errore e responsabilità,* cit., p. 120; FUNK, *Handkommentar,* cit., p. 40; SAVATIER, *op. cit.,* I, 40; P. ESMEIN, *op. ult. cit.,* n. 337), violazioni della *privacy* (*retro,* cap. IV, nota 2).

[82] Cfr. WINIWARTER, *op. cit.,* IV, p. 633 (« ... se parliamo del ratto violento, mancandosi il dolo, ne sparisce del tutto l'idea; quanto alla detenzione privata, non si saprebbe concepire come possa intraprendersi senza malvagio proponimento »); v. KIRCHSTETTER, *Commentar,* cit., p. 580 (« Da eine Ehrenbeleidigung schlechterdings ohne dolus nicht denkbar ist... »); KRAINZ, *System,* II, cit., p. 323 e p. 326 (che fa gli esempi della truffa e della violenza nel negozio — « ... da auch dieses Delict ohne Dolus nicht denkbar ist »: p. 327, nota 7); Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 280; *Restatement of torts,* III, cit., § 554, subs. (1) (« It is fraudolent for a husband or wife to conceal from the other a physical condition which makes cohabitation dangerous to the health of the other spouse »); HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 501 (« ... it is clear that can be no such thing as negligently *inducing* a breach of contract »); MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 609 (« ... il diffondere notizie idonee a produrre confusione o a determinare il discredito sull'attività di un concorrente non può non essere un fatto intenzionale e, pertanto, addirittura doloso »); LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 495 ss. (per quanto concerne il dolo commissivo nell'inadempimento di un'obbligazione, ossia per l'ipotesi in cui il debitore compia un atto dal quale deriva l'impossibilità della prestazione; tra gli esempi offerti dalla nostra giurisprudenza, l'a. riporta quello dell'editore il quale pubblica un trafiletto con false affermazioni, del mugnaio che lavora malgrado il precedente impegno di chiudere il mulino, del produttore che destina il

può anche compiersi per mera imperizia o negligenza, un danno si ha

---

materiale cinematografico a un fotoromanzo, del promittente la vendita che alieni a un terzo, dell'amministratore di banca che ponga in circolazione cambiali destinate a non circolare, del depositario che alieni i titoli contro le istruzioni ricevute: « ecco alcuni casi — conclude L. — nei quali la coscienza e volontà sono desumibili dal fatto. Potrebbe dirsi che, quanto all'esistenza del dolo, *res ipsa loquitur* »).

Così, è difficile, se non proprio impossibile, immaginare che non sia consapevole di arrecar danno chi viola un segreto mediante divulgazione orale, o effettua comunque una comunicazione verbale, come il medico il quale rivela ai genitori di una ragazza la malattia di cui soffre il fidanzato di quest'ultima; oppure il simulato acquirente che dispone a favore di un terzo protetto ex art. 1415; o ancora l'autore di un falso giuramento (BRASIELLO, *op. cit.,* p. 457 ss.), o dell'atto necessitato (BRIGUGLIO, *op. cit.,* p. 152), il subornatore (GORPHE, *op. cit.,* p. 110), per non dire dello stesso reticente (VISINTINI, *op. cit.,* pp. 281-282).

Ma i casi più sicuri restano forse nel campo di cui parla sinteticamente ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 45, quando osserva che « if a person is aware of his duty to act, or of the circumstances giving rise to the duty, and abstains, his omission may then be said to be voluntary and may be liable »: rifiuto, ad esempio, del capitano di una nave raccogliere i naufraghi (VENEZIAN, *op. cit.,* p. 136), del gestore di un ristorante o di un negozio di servire il cilente (*Nance* v. *Mayflower Tavern,* 1944 e *Mann* v. *Roosevelt Shop,* 1949, su cui PROSSER, *op. cit.,* p. 46, nota 62), del proprietario di concedere l'uso della cosa al terzo minacciato da un danno (art. 904 code Nap.), del prete di dare la prima comunione (CAMPION, *La notion d'assistance,* cit., p. 14); rifiuto del coniuge di adempiere il già citato « dovere coniugale » (*retro,* nota 71; ma chi, con VENEZIAN, *op. cit.,* p. 123, ritenga « grottesca » l'imposizione di questo dovere, può dubitare che sia ingiusto il danno subito dal coniuge insoddisfatto); del notaio a ricevere un atto (CATTANEO, *op. cit.,* p. 124) per il quale egli sa che il privato non ha la possibilità di rivolgersi ad altri; rifiuto a contrarre in caso di monopolio legale (art. 2597 cod. civ.), oppure a concludere un contratto relativo ad una prestazione d'importanza vitale (v. TUHR, *op. ult. cit.,* I, p. 331), come nel caso dell'albergatore (CAMPION, *op. cit.,* p. 12), dell'ostetrica (ASTRUC, *op. cit.,* p. 95), del farmacista (CATTANEO, *op. cit.,* pp. 363-364) e del medico (BONASI BENUCCI, *op. cit.,* p. 217; DELYANNIS, *op. cit.,* p. 249; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 113 ss.; Cass. crim., 17 févr. 1972, in *Sem. jur.,* 1973, J, n. 17474), i quali sappiano che nessun altro può offrire l'assistenza richiesta; o, infine, rifiuto di dare informazioni (v. l'ampia rassegna di HERZFELDER, *L'obligation de renseigner et de rendre des comptes. Étude comparative,* in *Rev. int. droit comp.,* 1972, p. 563 ss.), oppure di rilasciare un certificato necessario a qualcuno (BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 467), come può essere il certificato di domicilio per il conduttore (Trib. civ. Seine, 3 févr. 1919, in *Dalloz,* 1920, 2, p. 102), o il certificato di monta per chi si era rivolto al proprietario dello stallone (PACCHIONI, *op. cit.,* p. 112).

comunque unicamente se il gesto è stato fatto di proposito [83].

È raro che non sia questo divario, di segno svantaggioso per la vittima, la fonte del risalto per il dolo — così, forse, soltanto per i giudici, per qualche personaggio del processo, per pubblici impiegati e funzionari e pochi altri soggetti fortunati: il danno qui, a guardare la sostanza, è ingiusto già al titolo minore, e la franchigia per la *culpa laevis* si deve al puro imperio della legge [84]; è lecita perciò

---

[83] Un caso può esser quello del soggetto di cui è nota la scarsa dimestichezza in una determinata lingua, e che pronuncia un'espressione obiettivamente ingiuriosa nei confronti di un presente; un altro, quello di chi abbia un fugace scontro intimo con un terzo, il quale non avrà motivo di dolersi se il contatto è dovuto al non aver l'autore preso le opportune precauzioni per evitare di scivolare, o di non farsi sorprendere da un movimento improvviso del tram (così, per il bacio di un uomo ad una donna, PROSSER, *op. cit.*, p. 35).

[84] Per i funzionari, osserva il nostro GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 354 ss. che « il pensiero di rendere immuni gli agenti del potere dalle sanzioni repressive o riparatrici della giustizia fu lo studio del dispotismo; ed in Italia si vide più o meno apertamente attuato nella decadenza dell'impero romano, sotto la tirannide bizantina, o all'apparire delle dominazioni straniere. Nell'epoche dunque più dolorose della decadenza nazionale ». E per l'inopportunità di ogni criterio diverso dalla colpa lieve, cfr., nello stesso periodo, CHIRONI, *op. cit.*, I, p. 172. Di recente, CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 253; ALESSI, *op. cit.*, p. 65 (là dove si propugna il rilievo di una « negligenza dell'accertamento dell'antigiuridicità » dell'atto, da parte del funzionario); CATTANEO, *op. ult. cit.*, p. 351. Nell'ambiente franco-belga, già LAURENT, *op. cit.*, XX, p. 403; in seguito PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, II, cit., p. 345; LALOU, *op. cit.*, p. 811; ed ora, al termine di un'accurata analisi della propria giurisprudenza, CHAPUS, *op. cit.*, p. 371. Analogamente, JENNINGS, *Tort liability of administrative officers*, cit., p. 263 ss.; JAMES, *Tort liability of Governmental Units and their officers*, in *Un. of Chicago law rev.*, 1954-55, p. 610 ss., 640 s.; GRAY, *Private wrongs of public servants*, in *Cal. law rev.*, 1959, p. 303; PROSSER, *op. cit.*, p. 1019 (ove una critica, fra l'altro, a proposte come quella di DAVIS, *Administrative officers' tort liability*, in *Mich. law rev.*, 1956, p. 201 ss., circa l'introduzione di una piena irresponsabilità del funzionario accanto a una responsabilità assoluta dello Stato). Si veda, d'altra parte, v. TUHR, *op. ult. cit.*, I, p. 337; e, da ultimi, ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 442 e p. 445; DEUTSCH, *Zum Schadensausgleich unter mehreren Verantwortlichen*, nota a BGH 8.11.1973, in *JZ*, 1974, p. 710 ss., 713.

Per quel che concerne i giudici, ciascuno può misurare quanto invecchiate siano motivazioni come quelle di TOULLIER, *Le droit civil français*, XI, cit., p. 161 (« ... il importe à la dignité de la magistrature qu'un juge, dont les fonctions sont déjà si rebutantes, ne soit pas, chaque fois que sa conscience l'oblige de condamner ou de punir, exposé, pour une erreur qui peut n'être que l'effet de la faiblesse humaine ou de la surprise, au désagrément, et

la conclusione che il giudice non possa trarne esempio, ampliando di propria iniziativa, e senza il suffragio di una norma, la lista di siffatti privilegi [85].

9. Non meno indicativo è poi un raffronto tra effetti secondari della responsabilità — tra quei riflessi cioè che si accompagnano, per ogni condanna a risarcire, al primo e generale risultato della reintegrazione per la vittima. Vi è infatti un'importante differenza tra quello che l'agente può aspettarsi, secondo che il suo torto sia da iscrivere nell'ambito di questo o quel criterio: e proprio esaminando in quali ter-

---

presqu'à l'humiliation de descendre dans l'arène du barreau, pour y venir, en présence d'un public toujours enclin à la malignité, justifier la pureté de sa conduite, et défendre ses jugements contre les arguments captieux, contre les sophismes d'un plaideur acharné, qui les attaque souvent avec beaucoup d'éloquence »). Né è certamente appropriato il rilievo (LAURENT, *op. cit.*, XX, p. 357) secondo cui ogni condannato maledirebbe il proprio giudice, donde un numero eccessivo di azioni in giustizia, con una responsabilità già a titolo di colpa. Lo stesso vale per certi rilievi di SOLON, *Trattato delle nullità*, cit., pp. 278-279; oppure per gli argomenti di POLLOCK, *op. cit.*, p. 119 e di HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, pp. 1644-1645; ed a maggior ragione per tutte le considerazioni con cui negli Stati Uniti — si veda il *Restatement of torts*, I, cit., p. 21 e III, cit., § 656, con riferimento al pubblico ministero; JENNINGS, *op. cit.*, pp. 271-272 e p. 279; PROSSER, *op. cit.*, p. 1014 ss. — si cerca di giustificare l'irresponsabilità del giudice anche nel caso di dolo. Altri spiega con la necessità di togliere ai giudici « toute préoccupation personnelle dans leur ministère » la limitazione della responsabilità alla colpa grave (P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, VI, 1, pp. 706-707; e già BORSARI, *Commentario*, III, 2, cit., p. 334). Si veda, peraltro, CHIRONI, *op. cit.*, I, p. 281 ss., il quale, pur facendo suoi i concetti di Toullier, e dopo essersi opposto a un'assimilazione fra dolo e colpa grave, osservava: « ... certo sarebbe desiderabile che il magistrato dovesse rispondere non solo della colpa grave, ma di qualunque colpa fosse a lui imputabile, essendo tale l'altezza del suo ministero che male potrebbe essergli scusata la più piccola negligenza. Non è con disposizioni di privilegio, che possono condurre all'irresponsabilità per imperizia, condannabile specialmente nel giudice, chiamato com'è a decidere questioni delicatissime e gravissime: bensì con l'estendere ad ogni pubblico ufficiale il principio ordinante la responsabilità dei danni dati colposamente, che si rafforzano meglio le istituzioni ». Cfr. anche i richiami offerti *retro*, cap. IV, nota 32, cui *adde* Armin EHRENZWEIG, *System*, II, 1, cit., p. 618 (favorevole, almeno per la responsabilità dello Stato, alla rilevanza della colpa lieve); e, fra i nostri autori recenti, ALESSI, voce « *Responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici* », in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, p. 658 ss.; FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse*, cit., p. 362.

[85] Cfr. SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 466.

mini la *restitutio* venga a realizzarsi, per l'*an* e per il *quantum debeatur*, è facile ora coglierne gli estremi.

Fra i due interrogativi del giudizio, è certo nella zona della colpa che il primo ha maggiori probabilità di avere una risposta positiva: basta per l'appunto un'imprudenza a far sorgere l'obbligo risarcitorio, e il danno raramente si verifica se è stata adottata ogni cautela [86]. È giusto perciò dire che quest'obbligo — mentre importa, una volta dichiarato, la restaurazione del patrimonio leso — soddisfa insieme, semplicemente perché previsto dall'ordinamento, l'esigenza di impedire inutili distruzioni di ricchezza [87]: la facilità con cui può attuarsi la minaccia, non può infatti non tradursi nello sprone a un comportamento più accorto, e dunque in una diminuzione nel numero dei danneggiamenti [88].

---

[86] Così gli autori ricordati *retro*, cap. VII, nota 6; ai quali può aggiungersi STARCK, *Essai*, cit., *Introduction*, p. VI e testo, p. 74 (il quale, peraltro, si domanda se ciò sia vero ancor oggi come per il passato; domanda certamente legittima, posta anche da molti altri scrittori — recentemente, ad esempio SELMER, *Personal injury*, cit., p. 54; ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, cit., p. 550 ss. —, ma che, a nostro avviso, non va formulata in termini così generici, e può ancora ottenere una risposta normalmente positiva per le attività ricadenti nell'ambito considerato nel testo, ossia per quelle non controllate da qualche criterio oggettivo di responsabilità).

[87] Esigenza che — sottolinea STARCK, *op. cit.*, p. 355 — opera « à l'égard de la victime pour laquelle l'indemnité équivaut rarement à une véritable réparation... pour l'éventuel auteur de dommages qu'un système de prévention protège ainsi contre lui-même, en lui évitant la charge souvent insupportable de la réparation... par rapport à la collectivité, pour qui le dommage représente toujours une perte irréparable ». Cfr. pure BLEY, *op. cit.*, pp. 82-83; COCHAND, *Der Wertschutz durch Gefahrenprävention im Haftpflicht- und Versicherungrecht*, Zürich, 1950, p. 1 ss.; OFTINGER, *op. cit.*, p. 35, testo e nota 90; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 500.

[88] Sull'impossibilità di affidare ogni funzione preventiva al diritto penale, o alla responsabilità disciplinare, o alle misure amministrative o fiscali, L. HUGUENEY, *La peine privée*, cit., p. 325 ss.; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 214; *Restatement of torts*, IV, cit., § 949, comment *b*; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 403 e p. 426; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 191 ss.

Sul valore preventivo della responsabilità per colpa, già gli autori citati *retro*, cap. VII, nota 25. Nella letteratura più recente, GIUSIANA, *op. cit.*, p. 160 ss.; USSING, *Evolution et transformation du droit de la responsabilité*, in *Rev. int. droit comp.*, 1955, p. 497; Glanville WILLIAMS, *The aims of the law of tort*, cit., p. 144; COING, *Interessenberechnung und unmittelbarer Schaden*, in *SJZ*, 1950, p. 866; KNAPPE, *op. cit.*, p. 104; AEBI, *Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht*, Wintertuhr, 1957, p. 85; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 48; BENGTSSON, *La responsabilité des mineurs dans*

Sono rilievi su cui non varrà insistere, dal momento che a contrastarli è solo chi — nell'intento di far spazio alla responsabilità oggettiva, per la quale il motivo della prevenzione ha un significato meno nitido [89] — si sforza di negare in assoluto l'evidenza di quella

---

les droits scandinaves, in *Rev. int. droit comp.*, 1962, p. 33; RODIÈRE, *Responsabilité civile et risque atomique*, cit., p. 518; BYDLINSKI, *Probleme*, cit., pp. 18-19; GUHL, *op. cit.*, p. 148; BÖTTICHER, *Zur Ausrichtung*, cit., p. 385 ss.; PROSSER, *op. cit.*, p. 23; SALMOND, *op. cit.*, p. 14; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 68 ss.; ID., *Entwicklungstendenzen*, cit., p. 158; ID., *Abschied von der culpa in concreto*, cit., p. 499; ID., *Schmerzensgeld und Genugtuung*, in *JuS*, 1969, p. 197 ss., 202; ELBACHER, *op. cit.*, p. 97 ss.; GSCHNITZER, *op. cit.*, p. 148; Horst KAUFMANN, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld*, in *JuS*, 1963, p. 373 ss., 382-383; GROSSFELD, *op. cit.*, p. 80; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 114; MÜNZBERG, *op. cit.*, p. 74, nota 149; CAIN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., *Introd.*, p. VI; CATTANEO, *Il concorso di colpa*, cit., p. 480; EÖRSI, *Correlation between liability and insurance*, cit., p. 95; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 108 s.; TUNC, *Tort law and the moral law*, cit., p. 252; PECHER, *Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert*, in *AcP*, 1971, p. 44 ss., 65; STREET, *op. cit.*, p. 4; BESSONE, *Rapporto precontrattuale*, cit., p. 975; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, p. 178; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 296.

[89] SALMOND, *op. cit.*, p. 20 (« No one can be deterred by threat of punishment from doing harm which he did not intend and wich he did his best to avoid »); RUTSAERT, *op. cit.*, p. 17, nota 1; Glanville WILLIAMS, *op. ult. cit.*, p. 156 ss.; CIAN, *op. loc. ult. cit.*; DEUTSCH, *Grundmechanismen*, cit., p. 725; TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 91; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 547 ss.; ALPA, *op. cit.*, p. 305.

Un certo carattere ammonitore, con qualche riflesso preventivo, non manca però probabilmente anche alla responsabilità oggettiva: sul punto, G. RÜMELIN, *Culpahaftung und Kausalhaftung*, in *AcP*, 1898, p. 285 ss., 296; VENEZIAN, *op. cit.*, p. 60; TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 312 ss.; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 36 ss.; HECK, *Grundriss*, cit., p. 41; MARTON, *Les fondements*, cit., p. 132 ss. e p. 385 ss.; ID., *Versuch*, cit., p. 47; COZZI, *op. cit.*, p. 431; P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, cit., p. 667 e p. 685; ID., *La faute et sa place*, cit., p. 486; Julius v. GIERKE, *Grundfragen*, cit., p. 140 ss.; RODIÈRE, *op. cit.*, p. 202 (e altri richiami p. 322); HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 754; JAMES e DICKINSON, *Accident proneness*, cit., p. 779 ss.; FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, cit., p. 1384; FLEMING, *op. cit.*, p. 14 e p. 162; CATTANEO, *op. ult. cit.*, pp. 480-481; *A Hospital is strictly liable for transfusions of a hepatitisinfected*, in *Mich. law rev.*, 1971, pp. 1183-1184; COMPORTI, *op. cit.*, p. 22; LEIGH-JONES, *Products liability: consumer protection in America*, in *Cambr. law journ.*, 1969, p. 80; H. P. GREEN, *Nuclear power: risk, liability and indemnity*, in *Mich. law rev.*, 1973, p. 490 e p. 502 ss.; STOLJAR, *Accidents, costs, and legal responsibility*, in *Mod. law rev.*, 1973, p. 233 ss., 240; RÖHL, in *JZ*, 1974, cit., p. 522.

funzione [90]: e sembra invero agevole ribattere che, poiché quest'ultima rileva diversamente a seconda del criterio interpellato, e non entra direttamente nella definizione della responsabilità civile [91], la sua assenza non può neanche esser d'intralcio ad un qualche traguardo costruttivo.

Piuttosto, va osservato che l'efficacia del riflesso deterrente, nello stesso territorio della colpa, sarà spesso minore ed attenuata per l'intervento di alcuni fattori: fattori di non piccolo momento, e che possono anzi offrire una risposta a chi chiede [92] perché mai i pregiudizi, malgrado la presenza dell'istituto aquiliano, continuino a esser tanto numerosi.

Innanzi tutto, contro i risvolti della colposa lesione del terzo, è sempre possibile difendersi con lo strumento dell'assicurazione; e si è facili profeti immaginando che, una volta stipulato quel contratto, venga meno qualche sprone alla prudenza, virtù ormai soprattutto umanitaria [93]: proprio per riacquistare la normale libertà di movimen-

---

[90] MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens,* cit., pp. 97-99; RODOTÀ, *Il problema* cit., pp. 22-23 (secondo il quale « non è pensabile » che la constatazione dell'esistenza di danni anonimi risarcibili, per i quali « viene meno il tradizionale carattere di retribuzione e di prevenzione dell'obbligo risarcitorio », rimanga « senza ripercussioni anche sui casi in cui l'obbligo consegue ad un danno imputato a titolo di colpa »); ISON, *The forensic lottery,* cit., pp. 81-82. Si vedano pure FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 15 e pp. 172-173; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort,* cit., p. 3; Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., p. 481; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery,* cit., p. 781; PAULSEN, *Eight cases after eight years,* in *Virg. law rev.,* 1967, p. 870 ss., 875.

[91] HARPER e JAMES, *op. cit.,* II, p. 771 e p. 901, nota 18; LARENZ, *Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip,* cit., p. 865; RÖHL, *op. cit.,* p. 522; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., p. 59; HELLNER, *Legal philosophy,* cit., p. 163.

[92] TUNC, *Préface* a Viney, Le déclin, cit., p. III.

[93] BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.,* p. 578; CESAREO CONSOLO, *op. cit.,* p. 137; WAHL, *Grundfragen,* cit., p. 20; P. ESMEIN, *Trois problèmes,* cit., p. 366; MC NEELY, *Illegality as a factor in liability insurance,* in *Col. law rev.,* 1941, p. 26 ss., 33; BICHOT, *L'autonomie de la responsabilité,* cit., p. 12; DE HARVEN, *Mouvements généraux,* cit., p. 269; STARCK, *op. cit.,* p. 357; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité,* II, cit., p. 345; RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 60; SAVATIER, *Du droit civil,* cit., p. 163; ID., *Les métamorphoses,* cit., p. 350; USSING, *The scandinavian law of torts,* cit., p. 359 ss.; ID., *Évolution et transformation,* cit., p. 485 ss.; STRAHL, *Les congrès des juristes nordiques,* in *Rev. int. droit comp.,* 1952 p. 259 ss., 262; Glanville WILLIAMS, *op. ult. cit.,* p. 165 ss.; BARASSI, *op. cit.,* p. 428, nota 2; LAWSON,

to, ciascuno infatti è disposto a sobbarcarsi l'onere del premio relativo [94]. Anche a prescindere da tale eventualità, vi è inoltre il fatto che non poche tra le voci del pregiudizio — ossia tutti i capitoli e frazioni che non presentino un carattere di « normalità » — son destinati a rimanere d'abitudine sulle spalle dell'offeso: per cupa, o poco allegra, che si annunci la sorte del soggetto negligente, quest'ultimo non resta dunque esposto al rischio di un esborso irragionevole.

Manca qui infine, proprio come postulato, un'effettiva rappresentazione mentale dell'evento che succederà alla condotta: non v'è

Negligence, cit., pp. 64-65; DALCQ, *op. cit.,* I, p. 110; MILLNER, *op. cit., Introduction,* p. 4 e testo, p. 20 ss.; HELLNER, *Social insurance and tort liability in Sweden,* in *Scand. stud. in law,* 1972, p. 187 ss.; ancora MILLNER, in *Curr. leg. probl.,* 1965, cit., p. 37; CALABRESI, *Fault, accidents and the wonderful world of Blum and Kalven,* in *Yale law journ.,* 1965, p. 216 ss., 222; JØRGENSEN, *Towards strict liability,* cit., p. 28; DEUTSCH, *Grundmechanismen,* cit., pp. 726-727; CRAMTON, *Driver Behaviour and legal sanctions: a study of deterrence,* in *Mich. law rev.,* 1969, p. 445; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* p. 4; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 644; *Tort liability of a University for libelous material in student publications,* in *Mich. law rev.,* 1973, p. 1086; VINEY, *op. cit.,* p. 191; ancora CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica,* tr. it. di De Vita, Varano e Vigoriti, Milano, 1975, p. 366; *Roginsky* v. *Richardson-Merrel Inc.,* cit , in KEETON e SHAPO, *Products and the consumer,* cit., p. 1219; PENNEAU, *op. cit.,* p. 204; FLEMING, *The role of negligence,* cit., p. 823 ss.; WEITNAUER, *Remarques,* cit., p. 823.

[94] Da ciò, anzi, alcuni traggono lo spunto per auspicare una restrizione della possibilità dell'assicurazione ai soli casi di responsabilità oggettiva (QUAGLIARIELLO, *op. cit.,* p. 122; oppure PACCHIONI, *op. cit.,* p. 185; solo in apparenza analoghe le conclusioni di RODIÈRE, *op. cit., Préface,* p. 3 e LAWSON, *op. loc. ult. cit.*). Ma si fa notare che proposte del genere, oltre a muoversi poco realisticamente nel senso opposto a quello della storia recente della responsabilità civile, non sono nemmeno del tutto giustificate, dal momento che non mancano fattori — di carattere sociale, morale o personale, come ad esempio il timore di restare coinvolti nell'incidente provocato — capaci di svolgere una sia pur limitata funzione deterrente (COZZI, *op. cit.,* p. 435; HARPER e JAMES, *op. cit.,* II, p. 772; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 41; MORRIS, *Negligence in tort law,* in *Virg. law rev.,* 1967, p. 899 ss., 905; GRÖNFORS, *Apportionment of damages,* cit., p. 98); si sottolinea poi che l'assunto secondo cui « civil immunity encourages carelesness has yet to be sociologically verified » (MILLNER, *op. cit.,* p. 20, nota 2; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 773 e p. 777; GRAY, *Liability for highway accidents,* cit., p. 136 s.; ISON, *op. cit.,* p. 81); e si aggiunge che, anche in questo campo, saranno le società assicuratrici, interessate come sono a che danni non si producano, a svolgere di fatto un'azione preventiva, attraverso il controllo dell'attività dell'assicurato (JAMES e DICKINSON, *Accident pro-*

dunque coscienza in concreto della minaccia dell'obbligo riparatorio, e nemmeno ragione o possibilità di un consapevole attivarsi per scongiurare l'insorgere della lesione [95].

---

neness, cit., p. 780; TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 42; FLEMING, *op. cit.*, p. 14; ID., *The role of negligence,* cit., p. 825; VINEY, *op. cit.*, p. 191; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 445), o rifiutando di stipulare il contratto se il cliente non accetta di adottare le misure ritenute idonee a scongiurare il danno (HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 774; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 515).

Frequenti, d'altra parte, i rilievi sull'incapacità della responsabilità civile di garantire con il proprio monito un'efficace tutela dei consumatori, dato che il produttore finisce non soltanto per assicurarsi contro il danno, ma per far ricadere anche il costo del premio sul prezzo dei prodotti (KEETON, *Products liability - Some observations about allocation of risk,* in *Mich. law rev.*, 1966, p. 1329 ss.; JOLOWICZ, *Liability for accidents,* cit., p. 58; non proprio accettabili le motivazioni di SCHWARTZ, *Recensione* a Keeton-O'Connell, Crisis in car insurance, Urbana, Ill., 1968, in *N. Y. U. L. R.*, 1968, p. 1278 ss., 1285; v. invece ancora LEIGH-JONES, *op. cit.*, p. 80; ATIYAH, *Accidents,* cit., p. 558 s.; POUND, *The exploding bottle,* cit., p. 186; DEUTSCH, *Die Zwecke,* cit., p. 246; SEBERT, *Products liability - The expansion of fraud, negligence and strict tort liability,* cit., p. 1350 ss.): donde la domanda se, diffondendosi l'assicurazione, la funzione preventiva non dovrà esser affidata esclusivamente al diritto penale (LAMOUREUX, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile,* Paris, 1951, p. 244; Hans STOLL, *Penal purposes,* cit., p. 20 s.; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery,* cit., p. 810; HEPPLE, *Recensione* a Calabresi, The costs of accidents. A legal and economic analisys, New Haven and London, 1970, in *Cambr. law journ.*, 1970, p. 351; vedi anche lo stesso CALABRESI, *Costo degli incidenti,* cit., p. 348 e p. 390; e poi TUNC, *Tort law and the moral law,* cit., p. 259; ID., *Responsabilité, assurance et solidarité sociale,* cit., p. 66; ID., *Les problèmes contemporains,* cit., p. 772). Cfr. peraltro P. ESMEIN, *La faute et sa place,* cit., p. 490, ostile all'idea di ogni aumento dei poteri di polizia in questo campo; Eike v. HIPPEL, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen,* in *N. J. W.*, 1967, p. 1729 ss., 1731; RESCIGNO, *Manuale,* cit., p. 644, che considera queste proposte « motivo di ulteriore confusione » e tali da suscitare « serie perplessità »; Hans STOLL, *Reform des Kraftfahrzeughaftpflichtrechtes,* in *RabelsZ.*, 1972, p. 285 ss., 302 s. Per una rassegna delle diverse ricette avanzate nell'ambiente canadese e staunitense quali rimedi alla crisi « responsabilità-assicurazione », J. V. KING, *The insurance industry and compensation plans,* in *NYULR,* 1968, p. 1137; O'CONNELL, *Expanding no-fault beyond auto insurance: some proposals,* in *Virg. law rev.*, 1973, p. 749 ss. In Germania, v. CAEMMERER, *La responsabilité du fait de choses inanimées,* cit., p. 589; e per l'Inghilterra, ISON, *op. cit.*, p. 89 ss.; da noi, ALPA e BESSONE, *Materiali per lo studio della disciplina della responsabilità del produttore,* in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova,* 1974, p. 580 ss., 661 ss.

[95] Eike SCHMIDT, *Grundlagen,* cit., p. 481; ISON, *op. cit.*, p. 81; implicitamente anche ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., p. 97 (« Das Bestehen der Ersatzpflicht beugt künftigen Verletzungen vor, soweit diese durch Willensbetätigung vermieden werden können »); oppure Hans STOLL, *Penal purposes,* cit., p. 20.

10. Nel dolo, la linea di tendenza appare in certo modo rovesciata. L'autore ha già in partenza la nozione che, anche commettendo qualche errore, verrà tenuto in ogni caso esente da negative ripercussioni giuridiche: donde un disincentivo inevitabile al comportamento prudente, e un più facile determinarsi di collisioni e incidenti. Si comprende così perché quel titolo sia applicato normalmente in situazioni in cui l'eventualità dello scontro é per se stessa abbastanza difficile, o in cui raramente un danno si produce per effetto di mera distrazione: e comunque per attività dove elementi del costume mostrano di saper sostituire validamente — come pungoli a un agire coscienzioso — la minaccia della chiamata a risarcire [96].

Sarebbe però erroneo pensare che non esistano, sotto il profilo giuridico, elementi capaci di funzionare anche qui come controspinte alla condotta pregiudizievole. Diversa, indubbiamente, è la maniera in cui essi mostrano di assolvere quel compito; ma, nel riuscire a trattenere da un'iniziativa volontariamente dannosa, la loro efficacia è addirittura maggiore di quanto non sia per i dati che operano nell'area della colpa [97].

Da un lato, infatti, la minaccia della responsabilità viene avvertita qui perfettamente, dal momento che a subirla è una persona che ha in animo di nuocere al suo prossimo [98]: e non v'è dubbio, che in quanto elemento necessario di valutazione, essa possa molto meglio esercitare il ruolo dissuasivo che le è proprio [99]. S'intende che il sog-

---

[96] TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 102. Si veda anche ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* cit., 145.

[97] In generale, TUNC, *Préface* a Viney, Le déclin, cit., p. III. Ma per qualche rilievo ancor più esplicito, ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 296; oppure, STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 240. E v. ora H. KAUFMANN, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht,* cit., p 383; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 3.

[98] Eike SCHMIDT, *op. cit.*, p. 481; per qualche cenno generale, ENGISCH, *Introduzione,* cit., p. 41; e, da ultimo, RÖHL, *Zur Abgrenzung,* cit., p. 526.

[99] Ancora ENGISCH, *op. ult. cit.*, p. 122; e si vedano HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 1152; per un'ipotesi particolare, *Restatement of torts,* IV, cit., § 944, comment *j*, p. 753 (« By hypothesis, the defendant has threatened to commit a tort, notwithstanding the potential consequences of damage remedy. But when a judgement has been rendered against him — indeed, as soon as an action has been commenced — he may see the matter in a new light and desist from the tortious conduct »); con particolare chiarezza, PECK, *Compensation for pain: a reappraisal in light of new medical evidence,* in *Mich.*

getto potrà scegliere di agire ugualmente contro il terzo: ma ciò forse soltanto nelle ipotesi in cui il sacrificio del risarcimento sia economicamente indifferente [100], o dove può sperarsi che l'intento non venga mai provato dall'attore. Anche perché, non va dimenticato, a nulla servirebbe questa volta la garanzia di un'assicurazione [101], così come più incerte diverrebbero coperture eventuali del vicario [102] e difese in un giudizio di regresso [103].

Dall'altro lato, l'autore potenziale sa già che non può fare affidamento, laddove metta in atto il suo proposito, su alcun tipo di sgravio e protezione per ciò che attiene al contenuto della responsabilità. Dovrà infatti in misura maggiore, quando non nell'intero ammontare, gli eventuali pregiudizi indiretti: e lo stesso avverrà per il lucro cessante, o per il danno emergente incerto. Potrà spesso vedersi condannato a effettuare il risarcimento in forma specifica, anche se gli inconvenienti che ciò gli arrechi siano di gran lunga inferiori ai benefici che può ritrarne la vittima. Sarà tenuto per il danno non patrimoniale, ogni qualvolta sussistano gli estremi di un reato, e comunque in misura più ampia di quanto non accadrebbe in caso di negligenza. La colpa concorrente del danneggiato, o dei coautori eventuali della lesione, riuscirà ad alleggerire molto poco il suo carico riparatorio, e talora smarrirà ogni rilevanza.

Si spiega, del resto, che il comportamento doloso debba esser prevenuto più risolutamente di quello colposo [104]: mentre con l'im-

---

law Rev., 1974, p. 1355 ss., 1372; ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, cit., p. 546 s.

[100] ISON, *The forensic lottery*, cit., p. 82.

[101] GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 82 (il quale, proprio tenendo conto del dolo, osserva che « die Präventivfunktion des Schadensersatzrechtes wird daher durch die Versicherung zwar eingeschränkt, aber nicht ganz aufgehoben »). Anche là dove si è detto che « the validity of the contract of insurance cannot be impugned by the insurer as against the injured third party even in respect of deliberate wrongdoing by the insured », la conclusione è poi stata che « in such a case the insured himself would be barred by his own wilful and culpable crime from claiming against the insurer » (*Hardy* v. *Motor Insurer's Bureau*, 1964, e *Weis* v. *Mutual Auto Insurance Co. Ltd.*, 1949, su cui MILLNER, *op. cit.*, p. 21, testo e nota 3).

[102] *Retro*, cap. II, nota 61 (in fondo).

[103] *Infra*, nota 123.

[104] Così REATH, *Contribution between persons jointly charged for negligence - Merryweather v. Nixan*, in *Harv. law rev.*, 1898-99, p. 176 ss., 179; POUND, *Equitable relief against defamation*, cit., p. 652; Glanville WILLIAMS, *op. ult. cit.*, p. 172; REMÉ, *Die Aufgaben des Schmerzensgeldes*, cit., p. 49;

prudenza il danno può anche non sopraggiungere, con la malizia esso si realizza quasi certamente [105].

MARTON, *Versuch*, cit., p. 60 (« Diese individuelle Bewertung des Falles nach den konkreten Gegebenheiten hat natürlich in erster Linie nach den Gesichtpunkten der Prävention zu erfolgen. Je eklatanter, grösser, moralisch oder sozial verwerflicher die Rechtsverletzung war, desto energischer kann und muss auch die zivilrechtliche Sanktion ausfallen »); BYDLINSKI, *op. ult. cit.*, p. 58; DEUTSCH, *Die Zwecke*, p. 245; Eike v. HIPPEL, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen*, cit., p. 1732; FLEMING, *op. cit.*, p. 181; HELLNER, *Tort liability and liability insurance*, in *Scand. stud. in law*, 1962, p. 123 ss., 155.

Sulla funzione deterrente degli *exemplary damages*, per tutti, HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 1300; BRANDWEN, *Punitive damages in labor relations litigations*, in *Un. of Chicago law rev.*, 1961-62, p. 460 ss., 481 (contrario però a un'ammissibilità dei *p. d.* nei confronti dei lavoratori subordinati); PROSSER, *op. cit.*, p. 23; RHEINSTEIN, *Common law - Equity*, cit., p. 966; FLEMING, nel vol. *Die Haftung der Massenmedien*, cit., p. 53; KEETON e SHAPO, *op. cit.*, p. 1215 ss.; ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, cit., p. 540. Cfr. anche *retro*, cap. III, nota 12. È discusso se questo capitolo possa diventare contenuto di responsabilità vicaria: tendenzialmente per la negativa, il *Restatement of torts*, IV, cit., § 909; più decisamente *Note*, in *Virg. law rev.*, 1960, p. 1036 ss., 1037; in senso opposto, alcune decisioni riportate da MORRIS, *Punitive damages*, cit., p. 1199 ss.; e si vedano poi *Note*, in *Harv. law rev.*, 1957, p. 517 ss., 526; GROSSFELD, *op. cit.*, p. 68; ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 435; CADIFF-KATZ-DA PONTE, *op. cit.*, p. 3970.

Sulla *ratio* preventiva della regola fissata nel § 393 BGB — esclusione della compensazione per il debito nascente da un illecito doloso — insiste particolarmente FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 611 (« Sonst würde bald Faustrecht gelten: wer eine nicht betreibbare Forderung hat, soll nicht dazu verleitet werden, sich durch eine an seinem Schuldner begangene unerlaubte Handlung im Wege der Aufrechnung Befriedigung zu verschaffen »).

[105] TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte*, cit., p. 121; *Restatement of torts*, II, cit., § 306, comment *c*; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 185 (soprattutto in considerazione delle minori difese di cui — contro un'azione che, in quanto dolosa, è spesso inattesa — può disporre la vittima potenziale); STARCK, *Essai*, cit., p. 197; BLEY, *op. cit.*, p. 88; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 73, testo e nota 3 (con l'ovvia precisazione che « Das muss allerdings immer am Beispiel *desselben* Rechtsgutes nachgeprüft werden. Der Vorsatz, jemanden die Autoantenne stehlen zu wollen, ist nicht so ' gefährlich ' wie undiszipliniertes Fahren, durch das Leben und Gesundheit anderer bedroht werden »); FAVIER, *La relation de cause à effet*, cit., p. 458 (« Or, en quoi une faute grave se distingue-t-elle d'une faute légère sinon précisément parce qu'elle enferme une plus grande probabilité du dommage? »); FLETCHER, *Fairness and utility*, cit., p. 550; PENNEAU, *op. cit.*, p. 140; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 112 (« Gewitzte und rechtskundige Personen würden zu Missachtung ihrer Pflichten ermuntert, könnten sie damit rechnen, nur bei nachweislicher Kausalität der Pflichtverletzung in Anspruch genommen zu werden. Wann immer unklar wäre, ob ein

È vero dunque che, nell'area del dolo, la lesione colposa potrà aver luogo con facilità maggiore di quel che avverrebbe se valesse già il titolo minore: ma è pur sicuro che l'ipotesi di un danno intenzionale sarà più rara, in proporzione, di quanto non sia per i pregiudizi involontari nel settore della colpa.

Il primo rilievo contribuisce a spiegare perché gli illeciti repressi sulla base del dolo siano sempre stati, appaiano tuttora, e sembrino anche destinati a rimanere quantitativamente più esigui degli illeciti per colpa.

Il secondo — con più rigore di ogni vago sottinteso sulla bontà della natura umana — dà invece ragione della minor frequenza con cui vengono portate in giudizio, comparativamente, domande relative a figure di responsabilità per dolo; e in generale — visto che i riflessi sopra accennati valgono anche per il dolo nell'ambito della colpa e del rischio — della scarsa frequenza assoluta con cui il danno è arrecato con l'intento di nuocere [106].

Erfolg auch bei rechtmässigen Vorgehen eintreten würde, könnte man gefahrlos rechtswidrig handeln. Bei der Fahrlässigkeit spielt das keine Rolle, da dem Fahrlässigkeitstäter nichts am Erfolg gelegen ist; wohl aber ist ein Enreiz zu vorsätzlichen Verletzungshandlungen zu befürchten »). Cfr. anche i richiami offerti *retro*, cap. IV, nota 30.

[106] E in questa considerazione ci sembra possano trovare parziale conforto i timori di chi osserva come la non-assicurabilità per i danni dolosamente arrecati a terzi — specie nel caso in cui il pregiudizio sia ingente, e in generale ogniqualvolta il suo ammontare risulti superiore alle sostanze dell'agente — finisca per ritorcersi contro la vittima non meno che contro il danneggiante (STARCK, *Essai*, cit., p. 489; v. anche SAVATIER, *Du droit civil*, cit., p. 108). Ciò, almeno, finché il problema non venga ad essere risolto radicalmente, con un'estensione alla responsabilità civile dei principi che operano nel campo della auto-assicurazione obbligatoria, ossia ammettendo che, in caso di danno dolosamente arrecato, la vittima possa esser risarcita dall'assicuratore, il quale avrà però il diritto di rivalersi sull'autore (NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution à l'étude de la faute*, cit., p. 519, ove altri richiami; oppure MORRIS, *Liability for pain and suffering*, in *Col. law rev.*, 1959, p. 477 ss., 478-479; DEUTSCH, *Privilegierte Haftung*, cit., p. 705, testo e nota 7; TUNC, *Pour une loi de sécurité routière*, cit., p. 78; Alb. EHRENZWEIG Jr., *Ersatzrecht-Versicherung*, cit., p. 22; STRAHL, *Tort liability and insurance*, in *Scand. stud. in law*, 1959, p. 198 ss., 209; HELLNER, *op. loc. ult. cit.*, sia pur con qualche incertezza; JØRGENSEN, *Towards strict liability*, cit., p. 59; IVAMY, *Recent developments in motor insurance*, in *Curr. leg. probl.*, 1966, p. 128 ss., 143 s.; FLEMING, *op. cit.*, p. 181; DEWAS, *La garantie collective de la responsabilité professionnelle des notaires*, Paris, 1973, p. 1 ss.; GHESTIN, *La faute intentionnelle*, cit., p. 38).

Per quanto modesto possa essere, il numero delle lesioni volontarie non

11. La tesi per cui la *lex Aquilia* avrebbe una funzione repressiva — che vede cioè nell'obbligo riparatorio la « pena » comminata

---

può infatti ritenersi addirittura irrisorio, così come si opina da taluno (*retro*, cap. VI, nota 68). Si osserva spesso che in materia extracontrattuale, data l'insussistenza di un previo rapporto obbligatorio fra le parti, sarà poco plausibile l'ipotesi di un conflitto maturato già prima del danno, sentito da ognuno dei soggetti: ma è facile obiettare come non manchino esempi di situazioni antagonistiche che, senza identificarsi in un rapporto di tipo obbligatorio, rappresentano o forniscono altrettante spinte verso una risoluzione non pacifica del contrasto. Così, è pur vero che la complessità del traffico moderno moltiplica senza sosta incontri, e quindi possibilità di collisioni, puramente occasionali, sicché l'*animus nocendi* manca sovente di una ragione o del tempo per affermarsi in concreto; né all'origine della lesione è sempre dato di ritrovare persone fisiche o singoli comportamenti, cioè termini che si prestino ad essere sindacati con immediatezza sotto un profilo psicologico. C'è da chiedersi, però, quanto « involontari » possano definirsi certi danni che si producono in forma sempre uguale, e che l'adozione di ben precisi accorgimenti è ormai provato riuscirebbe ad evitare; né diversamente deporrebbe la lettura di una raccolta di sentenze penali, fra cui occorrerebbe certo selezionare i reati dolosi, e fra essi distinguere quelli che hanno comportato un danno patrimoniale, ma a cui resterebbero pur da aggiungere le varie ipotesi di lesioni penalmente irrilevanti; e, in generale, fino a che punto è sensato immaginare l'uomo come qualcosa che si muove a caso e alla cieca nella realtà, perennemente inconsapevole delle conseguenze dei propri gesti?

Resta infine la testimonianza offerta dai repertori civili. E si osserva, anzi, che per la colpa opera un filtro assente invece nel caso di un danno intenzionale: quando l'agente sia assicurato, tendono a comporsi più facilmente, in via amichevole, tutte le ipotesi in cui non vi sia contrasto su punti di diritto o sull'entità del danno (DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 515; MORRIS, *op. ult. cit.*, p. 479; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 45).

Quanto attendibili, sul punto in esame, possono però considerarsi le rassegne di giurisprudenza sulla responsabilità civile? Non sono pochi a credere giustamente (ad esempio, LAURENT, *op. cit.*, XX, § 462; e ancora DIAS, *op. ult. cit.*, p. 456) che, nella motivazione delle sentenze, il fatto all'origine della lite venga spesso presentato come colposo semplicemente perché, anche in caso di dolo, l'attore ha preferito limitarsi ad offrire la prova più facile della colpa (cfr. pure *retro*, cap. V, nota 2). E pur là dove tale prova è stata tentata, e magari fornita con successo, il solo modo per scoprire che vi era malafede nell'agente — rileva CHAPUS, *Responsabilité publique*, cit., p. 396, nota 1 — sarà affidato frequentemente alla possibilità di ricostruire nei dettagli le circostanze della specie: « il est à noter — prosegue infatti questo autore, a conclusione di uno spoglio di recenti decisioni del Consiglio di Stato francese — que les arrêts ne relèvent pas expressément et de façon positive l'intention de nuire dont était animé l'agent dont l'acte est en cause; il se bornent à déclarer que les motifs de cet agent n'étaient pas conformes au but du pouvoir qui lui était conféré... ». In sostanza, non pochi tribunali preferiscono omettere la menzione del dolo, quando possono sostituirle una motivazione ch'essi giu-

al danneggiante [107] — è spesso andata incontro nel passato al biasimo dei nostri dottrinari [108]: reazione a parer nostro comprensibile, giac-

---

dicano meno sentimentale, o che appare loro più tecnica (significativo già il riconoscimento di BARTIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 342, nota 1 bis; da ultimo, ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, cit., p. 119). Ciò non dovrebbe valere, è ben vero, per la materia qui considerata dell'assicurazione, dove il dolo manca di ogni surrogato, ma appunto questo, a ben vedere, è il campo dove attore e convenuto hanno interesse a mostrarsi discreti su quel punto: il secondo, per non essere costretto a rifondere il danno di tasca propria, il primo, perché solo così potrà ottenere soddisfazione dall'assicuratore, evitando di dover agire contro un agente magari senza mezzi.

[107] Ad esempio, v. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., II, p. 271; FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 853 ss.; HUDELOT-METMAN, *Des obligations*, cit., p. 203; v. LISZT, *Die Grenzgebiete*, cit., p. 4; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, cit., p. 43; STRAUSS, *Die Busse des deutschen Strafrechts und der Ersatz des nichvermögensrechtlichen Schadens im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Freiburg, 1901, p. 9 e p. 33; Richard SCHMIDT, *Der Einfluss*, cit., p. 150; KOHLER, *Einführung*, cit., p. 95; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., pp. 62-63. E, più recentemente, P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 230; GIUSIANA, *op. cit.*, p. 51; BLEY, *op. cit.*, p. 70 ss.; ALLARA, *Le nozioni fondamentali*, cit., p. 11; Glanville WILLIAMS, *The risk principle*, cit., p. 180; STARCK, *Essai*, cit., p. 354 ss.; REICHWEIN, *Über die Schuld im Recht*, cit., p. 18 e p. 62; MESSINEO, *op. cit.*, V, p. 535 (v. peraltro *ivi*, pp. 648-649); MOLITOR, *Allg. Teil*, cit., p. 33; ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 1 ss., 33; MARTON, *Versuch*, cit., p. 45 ss.

[108] In particolare, N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., pp. 194-195; POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., pp. 580-581; PUGLIA, *Della responsabilità penale per colpa e senza colpa*, in *Scuola pos.*, 1900, p. 581; GIORGI, *Obbligazioni*, cit., V, p. 240, in nota; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., I, p. 13 e II, p. 342; COGLIOLO, *Scritti vari*, cit., p. 197; BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 358 ss., specialmente p. 365; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 26 e p. 161 s.; L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa*, II, cit., p. 100 ss.; LEVI, *Note* a Thon, op. cit., nota ff, p. 76; INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 638 ss.; CESARINI-SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 149 ss.; JANNUZZI, *Contributo allo studio del risarcimento*, in *Studi senesi*, 1958, p. 53 ss.; CASETTA, *op. cit.*, p. 66; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 183 ss.; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 149; RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 23 e p. 54 ss.; ID., *Osservazioni in margine*, cit., p. 483; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 20 s.; ID., *In tema di risarcibilità del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 58; COMPORTI, *op. cit.*, p. 33 ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito*, cit., p. 66; BOBBIO, voce « *Sanzione* », in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, p. 535, nota 2; CARBONE, *op. cit.*, p. 196 ss.; TUCCI, *Responsabilità civile*, cit., p. 450; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 36 e p. 247, nota 39; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili*, cit., p. 101. Si vedano pure STOBBE, *Handbuch*, III, cit., p. 385; IHERING, *Das*

ché per troppe ipotesi il giudizio si svolge quale esame prevalente dei singoli interessi in collisione, o della meccanica di questa [109]; e, in troppi autori, ciò che ha l'apparenza di inerte omaggio a certe simmetrie, prelude solo a un bando di quegli esiti per cui non può parlarsi di castigo [110].

Ci sembra nondimeno incontestabile che, proprio nell'ambito del dolo, l'appello a risarcire la lesione assuma per colui che l'ha arrecata vesti di autentica sanzione: anche se van forse dissipati certi malintesi ricorrenti nelle impostazioni dottrinarie, specie alcuni equivoci sul modo di considerare quel riflesso.

È escluso, da un lato, che quest'ultimo possa essere un carattere aggiuntivo alla disposizione cui si guarda, e quasi l'entità rivelatrice dei veri intenti del legislatore [111]: è invece la norma a farsi leg-

---

Schuldmoment, cit., p. 66 (« Das Strafprincip im Privatrecht ist der Gedanke einer niederen Culturstufe, welcher dem Fortschritt des Rechtsbewusstseins und der Rechtsentwicklung unabwendbar erliegt, um das Schadensersatzprinzip an seine Stelle treten zu sehen »); A. MERKEL, *Über « Das gemeine deutsche Strafrecht » von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss.*, 1881, I, p. 553 ss.; TEISSEIRE, *Essai*, cit., p. 177; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 287; v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 249; BOHLEN, *Contributory negligence*, cit., p. 256; DEMOGUE, *De la réparation civile*, cit., p. 12; JOSSERAND, *Cours*, II, cit., p. 216; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 746; TUNC, *Préface* a Viney, cit., p. V; Mc GREGOR, *Compensation versus punishment in damages award*, cit., p. 629 ss.; FRIDMAN, *Modern tort cases*, cit., p. 3; OGUS, *Damages for lost amenities: for a foot, a feeling, or a function?*, in *Mod. law rev.*, 1972, p. 1 ss., 11; CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare il danno subito*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 553 ss., 564; LARENZ, *Allg. Teil*, cit., p. 130; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 239; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 74, nota 149.

[109] Cfr. DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 283; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 240; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 17 e p. 23; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, § 276, Bem. 8; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 57.

[110] Ad esempio, RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 218 ss. (v. anche p. 242, dove l'a., pur affermando che « la réparation n'est pas une peine », conclude ch'essa è « la satisfaction qu'exige la victime pour que la faute soit effacée »); o, in termini ancor più espliciti, SALMOND, *Law of torts*, cit., pp. 19-20 (« Pecuniary compensation is not in itself the ultimate object or a sufficient justification of legal liability. It is simply the instrument by which the law fulfils its purpose of penal coercion. When one man does harm to another without any intent to do so and without any negligence, there is in general no reason why he should be compelled to make compensation »).

[111] Su ciò MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 554 ss.; ma cfr. pure TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 6-7.

gere secondo un cert'angolo visuale, lasciando trasparire una sua *ratio* che, per non ritrovarsi in altri casi, forse finirebbe per sfuggire [112]; non solo perciò non si violentano lettera e *voluntas* della legge, ma neanche si introduce un duplicato privo di valore per l'interprete [113].

D'altronde, la sanzione non vuol porsi quale compito essenziale dell'istituto aquiliano [114], mirando solo ad essere accettata come chiave accessoria della responsabilità [115]: fattore, cioè, non più che strumentale al realizzarsi dell'obiettivo reintegratorio, e attivo entro i limiti del danno. Risulta così improprio il parallelo, talora ventilato dagli autori [116], coi mezzi del codice penale [117]: leggero oppure intenso che

---

[112] GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., pp. 83-84 (« Aber der Gesetzgeber kann nicht die Voraussetzungen leugnen, von denen er selbst, wenn auch unbewusst, ausgeht. Er kann nicht etwas als gegen sein System verstossend bezeichnen, worauf sein System in wesentlichen Teilen beruht »). E si veda lo stesso SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, cit., p. 57 e p. 86 ss.

[113] Ammessa infatti l'opportunità di sanzionare più energicamente il dolo, e riconosciuto che tale esigenza ha ispirato il legislatore nell'introduzione di alcune norme ove si stabilisce l'immunità per la colpa, nonché la giurisprudenza per quel che concerne non poche applicazioni dell'art. 2043, è possibile spiegare perché un determinato evento, che non sarebbe imputabile a chi l'ha arrecato negligentemente, possa invece essergli attribuito sul piano causale nell'ipotesi di condotta maliziosa. In tal senso, con diversi accenti, HECK, *Grundriss*, cit., p. 55; KNAPPE, *op. cit.*, pp. 106-111; Heinrich LANGE, *Herrschaft und Verfall*, cit., p. 132; v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität*, cit., p. 442 ss.; Hermann LANGE, in *AcP*, 1952-53, cit., p. 167; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 204 ss.; Mc GREGOR, *On damages*, cit., p. 88.

[114] Così, invece, QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito*, cit., p. 12; in qualche modo, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., pp. 392-393; oppure VINEY, *op. cit.*, p. 193, secondo cui la responsabilità fondata sulla colpa non avrebbe ormai più funzioni indennitarie, ma soltanto punitive.

[115] Cfr. P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 404; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, cit., p. 270; DEUTSCH, *Schmerzensgeld und Genugtuung*, cit., p. 202; MERTENS-REEB, *Grundfälle*, cit., 1972, p. 36; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit, p. 19.

[116] Ad esempio, MORRIS, *Punitive damages*, cit., p. 1177; GIUSIANA, *op. cit.*, pp. 138-160; STARCK, *Essai*, cit., p. 379 ss.; SALMOND, *op. cit.*, p. 20 (« Reason demands that a loss shall lie where it falls, unless some good purpose is to be served by changing its incidence; and in general the only purpose so served is that of punishment for wrongful intent or negligence »). Si vedano anche gli autori citati *retro*, cap. II, nota 2. Da ultimo, RÖHL, *Zur Abgrenzung*, cit., p. 522.

[117] Cfr. *retro*, cap. III, nota 2. Oppure, BINDING, *Die Normen*, I, cit., p. 212 ss.; GAUDEMET, *Théorie générale*, cit., p. 302; RADBRUCH, *Zur Systematik*, cit., p. 159 ss., 161; L. COVIELLO jr., *op. ult. cit.*, II, p. 100; RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., p. 156; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 145; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 52; STREET, *op. cit.*, p. 5. Sull'impossibilità di spiegare la rilevanza del dolo come vizio del volere attraverso il richiamo del motivo della punizione, TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 321; VERGA, *In tema di risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, I, p. 5 ss., 20; VISINTINI, *La reticenza*, cit., *passim*, ma soprattutto nel primo capitolo; HONSELL, *Bereicherungsanspruch und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung*, cit., p. 351.

sia stato, il dolo è civilmente irrilevante se non ne sia seguita qualche perdita, così come se questa è già coperta da un altro rimedio civilistico [118]; né il *quantum* potrà modificarsi, in senso più gravoso per l'autore, laddove non si tratti di servire il principio del risarcimento integrale [119].

---

[118] Sul primo punto, in particolare, SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 417; DURANTON, *Cours de droit français*, cit., VII, p. 504; PLANIOL, *op. cit.*, II, p. 278; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 48; PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi-delitti*, cit., p. 52; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 2; BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 18 e p. 122; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 308 e p. 346; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 70 e p. 239; Hans STOLL, *Schadensersatz und Strafe*, cit., p. 571.

[119] Così, NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden*, cit., p. 324; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 42; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 33. In generale, anche P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 505; v. CAEMMERER, *op. ult. cit.*, pp. 442-443; RODOTÀ, *op. ult. cit.*, pp. 56-58; FLEMING, *op. cit.*, p. 130 ss.

Per quanto concerne gli *exemplary damages*, un parziale mutamento si è verificato dopoché nel caso *Rookes* v. *Barnard* (1964 A. C. 1129) il giudice della House of Lords Devlin ebbe a dichiarare: « Exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the terms is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and to deter. It may well be thought that this confuses the civil and the criminal functions of the law; and indeed, so far as I know, the idea of exemplary damages is peculiar to English law. There is not any decision of this House approving an award of exemplary damages and your Lordships therefore have to consider whether it is open to the House to remove an anomaly from the law of England ». Queste parole sono state variamente commentate dagli autori: soprattutto, SCOTT, *Casebook*, cit., p. 24; COLYER, *op. cit.*, p. 66; ROBB e BROOKES, *op. cit.*, p. 244; MUNKMAN, *Damages for personal injuries*, cit., p. 41 ss.; WRIGHT, *Cases*, cit., pp. 15-17; KEMP e KEMP, *The quantum of damages*, cit., p. 13; JOLOWICZ, *Liability for accidents*, cit., p. 56; Mc GREGOR, *Compensation versus punishment*, cit., p. 653; ID., *On damages*, cit., p. 218; P. S. JAMES, *op. cit.*, p. 363; FRIDMAN, *op. cit.*, p. 406 e p. 409; FLEMING, *op. cit.*, p. 206; ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 433; STREET, *op. cit.*, pp. 438-439; DWORKIN, *op. cit.*, p. 17; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 566 ss. In giurisprudenza, *Australian Consolidated*

Non è, però, che questo del ristoro sia l'unico motore del processo, in tutte le ipotesi possibili [120]: sia pur in una diversa prospet-

---

Press Ltd. v. *Uren,* 1967 W. L. R. 1338; *Broome* v. *Cassel,* 1972 2 W. L. R. 645. Secondo quanto risulta anche da un passo dello stesso Lord Devlin, i *p. d.* continuano comunque a poter essere concessi ogni qualvolta esista una previsione statutaria a loro riguardo (esempi in JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 251, nota 58), o nel caso di « oppressive, arbitrary or incostitutional action by servants of the government », oppure allorché la condotta del *defendant* mirasse a conseguire un profitto destinato a rivelarsi poi maggiore del danno (e su ciò, *infra,* nota 144).

In senso critico verso i *p. d.* negli Stati Uniti, WILLIS, *Measure of damages when property is wrongfully taken,* cit., pp. 419-420; ALDRIDGE, *The Indiana doctrine of exemplary damages and double jeopardy,* in *Ind. law rev.,* 1945, p. 124 s.; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials,* cit., p. 918. Per qualche richiamo giurisprudenziale, PROSSER, *Handbook,* cit., p. 11. Diversamente, MORRIS, *op. ult. cit.,* p. 1176 ss.; e si veda Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 275 ss., il quale ammette che probabilmente « in the framing of a model code of damages to-day for use in a country unhampered by legal tradition, the doctrine of exemplary damages would find no place », ma, sottolineando soprattutto « the advantage of furnishing an incentive for this sort of private prosecution of wrongs which the public prosecutor would ignore », rileva in definitiva che « in the view of fierceness of the attack, it is remarkable how nearly universal the doctrine has held, and even extended, its ground » (p. 278).

[120] Cfr. HORTEN, *Schadensersatz und Strafe,* cit., p. 25; *Restatement of torts,* IV, cit., § 901; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 527; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 26; GROSSFELD, *Die Privatstrafe,* cit., p. 81 (« Ginge es aber allein nach dem Ausgleichsgedanken, so dürfte bei der Frage, wer den Schaden letzlich zu tragen hat, nicht darauf gesehen werden, wer den Schaden in rechtswidriger, schuldhafter Weise verursacht hat, sondern nur darauf, wer den Schaden seiner wirtschaftlichen Lage nach am besten tragen kann »); REALMONTE, *Il problema,* cit., p. 6, nota 12; TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 92 e p. 108.

Il rapporto fra colpevolezza e sanzione sembrerebbe contestato da BUSNELLI, *La lesione del credito,* cit., p. 67, il quale tuttavia — se abbiamo ben compreso il suo pensiero — intende in realtà sottolineare come la richiesta della colpevolezza, da parte dell'art. 2043, escluda che si possa vedere in quest'ultimo una norma secondaria (ossia una norma meramente sanzionatoria di comportamenti illeciti precisati in altra sede dal legislatore). Una negazione più diretta si ha in GIUSIANA, *op. cit.,* p. 178, negazione peraltro contraddetta dai rilievi che appaiono espressi subito dopo in materia di possesso (*ivi,* p. 179, nota 8; né può dirsi riuscito, in ogni caso, il tentativo di questo autore di dimostrare che il motivo della sanzione sarebbe presente in ogni ipotesi di responsabilità, essendo giustificato dalla semplice esistenza del danno — su quest'ultimo punto, con chiarezza, M. GIORGIANNI, voce « *Inadempimento* », cit., p. 888).

tiva rispetto al diritto criminale [121], esiste dietro tale ispirazione, almeno con gli illeciti in dolo, un filo di natura correttiva che spinge ugualmente alla condanna [122]; sarebbe altrimenti incomprensibile il fatto che di un certo pregiudizio — che il semplice riguardo per la vittima vorrebbe comunque riparato — debba render conto solamente chi ha agito col proposito di nuocere [123]. La carica è anzi forse

---

[121] Sull'erroneità di riportare al diritto penale ogni misura giuridica cui si debba riconoscere un valore punitivo, ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 464 (il quale sottolinea come anche in tal caso « allein zivilrechtliche Geschichtspunkte für die Festsetzung der Entschädigung massgebend sind und — anders als im Strafrecht — in erster Linie auf die Person des Verletzten und seinen Schaden abzustellen ist »). Ma già PFAFF, *Zur Lehre,* cit., p. 15; v. LISZT, *Die Grenzgebiete,* cit., p. 30 ss.; Richard SCHMIDT, *Der Einfluss,* cit., p. 151. O, ancora, NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden,* cit., p. 335; BAUR, *Entwicklung und Reform,* cit., p. 33; KNÖPPEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld,* cit., p. 152, nota 107; ROTHER, *op. cit.,* p. 207; GROSSFELD, *op. cit.,* p. 16; DE CUPIS, *Problemi e tendenze attuali,* cit., p. 100.

[122] È un punto su cui insistono spesso, con accenti diversi, gli autori di lingua francese: alquanto enfatici, BEDARRIDE, *op. cit.,* p. 292; LAURENT, *op. cit.,* XX, § 396, p. 316; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., p. 258; in termini meno solenni, GERMETTE, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile,* Paris, 1903, p. 162; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 110; GORPHE, *op. cit.,* p. 239; RUTSAERT, *op. cit.,* p. 51. Da noi, soprattutto per l'ipotesi in cui l'agente abbia dimostrato un vero e proprio *animus nocendi,* LUPOI, *op. cit.,* p. 591; ed ora, VISINTINI, *La reticenza,* cit., p. 26 ss. e p. 115; cfr. anche GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo,* cit., p. 335 ss. Di sfuggita, CHIRONI, *op. cit.,* I, p. 40; HARPER e JAMES, *op. cit.,* II, p. 746. Più esplicitamente, v. KIRCHSTETTER, *Commentar,* cit., p. 568; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., p. 43; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., p. 198; USSING, in *Am. journ. of comp. law,* 1952, cit., pp. 369-371; GROSSFELD, *op. cit.,* p. 116; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 38 s.; v. BÜREN, *op. cit.,* p. 58; MERTENS-REEB, *op. cit.,* 1972, p. 39. Si vedano pure Heinrich LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht,* cit., p. 64; WIETÖHLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 62; CALABRESI, *Costo degli incidenti,* cit., p. 392.

[123] Una conferma è anche offerta dal rilievo che i danni arrecati con dolo non possono essere fatti oggetto di un'assicurazione per la responsabilità civile (art. 1917, 1° comma, cod. civ.), e che è nullo nei loro confronti ogni patto di irresponsabilità parziale o totale (art. 1229 cod. civ.; per l'applicabilità di questa norma in materia extracontrattuale, *retro,* cap. II, nota 65). Quale che sia infatti il fondamento negoziale che s'intende assegnare alle due disposizioni — per la prima ci si richiama abitualmente al motivo dell'ordine pubblico (RUTSAERT, *op. cit.,* p. 86; STARCK, *Essai,* cit., p. 464; genericamente, PACCHIONI, *op. ult. cit.,* p. 175; DEMOGUE, *Traité,* I, 5, cit., p. 460; PIRSON-DE VILLÉ, *op. cit.,* II, p. 205), o al buon costume (RIPERT, *La règle morale,*

anche maggiore, per l'area di cui si sta parlando, nel senso che più forte è l'esigenza di non lasciare senza conseguenze il danneggia-

---

cit., p. 244; ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 89; v. anche i richiami offerti dalla VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 63 ss.) o alla necessità di evitare « un controsenso e... un'aperta violazione dei principî » (BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 203); per la seconda, alla considerazione che l'obbligazione diverrebbe altrimenti meramente potestativa (BOUTAUD, *Des clauses de non responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes*, Paris, 1896, p. 128; STARCK, *Essai*, cit., p. 464; ID., in *Dalloz*, 1974, cit., p. 160), pervenendosi a « un risultato contradditorio con il concetto stesso di obbligazione » (MAIORCA, *Colpa*, cit., pp. 563-564; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 636; JAMBU-MERLIN, *Dol et faute lourde*, cit., p. 91; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, III, cit., p. 670; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 136), o ai principi generali del diritto (TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 98), o a quello della buona fede (N. STOLFI, *Le obbligazioni*, cit., p. 310; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution*, cit., p. 521), o a un'« esigenza di tutela del credito » (BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 399), oppure alla morale (PUCHTA, *Vorlesungen*, II, cit., p. 94; WEYL, *Das « Verschulden »*, cit., p. 90; CROME, *System*, I, cit., p. 488; KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, I, cit., p. 192; POLACCO, *op. cit.*, p. 389; GIORGI, *op. cit.*, V, p. 462; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 122; JOSSERAND, *Cours*, II, cit., p. 252; P. ESMEIN, *Les clauses de non responsabilité*, cit., p. 321; DE PAGE, *Traité*, II, cit., p. 1019; POPESCO-ALBOTA, *op. cit.*, p. 114; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 364; ROBINO, *Les conventions de responsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1951, p. 22; BLOMEYER, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 125; HORN, *Untersuchungen*, cit., p. 153; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 263; FLEMING, *op. cit.*, p. 181), o ancora al motivo dell'ordine pubblico (LABBÉ, in *Sirey*, 1876, I, p. 337; CHIRONI, *op. cit.*, II, p. 376; P. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 234; DEMOGUE, *op. cit.*, 1, V, p. 433; DE HARVEN, *De conventions tendant à libérer de responsabilité*, in *Rev. droit belge*, 1928, p. 219 ss.; BAHGAT, *La responsabilité du commettant à raison des faits des ses préposés*, Paris, 1929, p. 195; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité*, II, cit., p. 197; RUTSAERT, *op. cit.*, p. 80; BICHOT, *L'autonomie de la responsabilité*, cit., p. 80; DISTASO, *Le obbligazioni*, cit., p. 511; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 536 e p. 639; LALOU, *Traité*, cit., p. 367; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 491; FLOUR, *Préface* a Honorat, op. cit., p. XVIII; LUPOI, *op. cit.*, p. 238 e p. 364) — è indubbio che la loro presenza ha per la parte un effetto di carattere sanzionatorio: l'ordinamento dimostra cioè di volere non soltanto che la vittima venga risarcita, ma esige che ad effettuare la riparazione sia proprio il soggetto che ha arrecato il danno (così, tra gli altri, COPPA-ZUCCARI, *op. cit.*, p. 243; GORPHE, *op. cit.*, p. 70; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, VI, 1, p. 674; NIPPERDEY, in *NJW*, 1957, cit., p. 1781; MORRIS, *Liability for pain and suffering*, cit., p. 478; V. GIORGIANNI, *L'abuso*, cit., p. 223, nota 5; VINEY, *op. cit.*, p. 191 e p. 311; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 263; MILLNER, *op. cit.*, pp. 20-21; e già EINECCIO, *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum*, I, cit.,

mento volontario: non solo si ha difatti qui un'azione tesa a cagionare la lesione — gesto in sé abbastanza antisociale, quale che in

---

p. 262; v. anche UNGER, *System*, II, cit., p. 242, nota 21; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 787; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 268; RENOLD, *Die allgemeine Vermögensschaden - Haftpflichtversicherung*, Aarau, 1937, p. 20; SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 3; SCHULTZ, *Der Nichtvermögensschaden - Sein Ersatz und der Umfang des Ersatzes*, Erlangen, 1937, p. 35; Glanville WILLIAMS, *The aims*, cit., p. 165; GROSSFELD, *op. cit.*, pp. 114-115; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia*, cit., p. 504; HARTUNG, *Haftpflichtversicherung und Schmerzensgeld*, in *NJW*, 1957, p. 127; RAMBERG, *Radar navigation and limitation of liability*, in *Journ. of busin. law*, 1966, p. 115 ss., 121; WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 824; Alb. EHRENZWEIG, *Ersatzrecht-Versicherung*, cit., p. 17 e p. 22; HELLNER, *Tort liability*, cit., p. 154 s.; sull'impossibilità, almeno tendenziale, di estendere la copertura assicurativa ai *punitive damages*, SLAIN, *Risk distribution and treble damages: insurance and contribution*, in *N. Y. U. L. R.*, 1970, p. 262, testo e nota 86; più decisamente, Mc GREGOR, *On damages*, cit., p. 231, nota 79; cfr. pure PROSSER, *Handbook*, cit., p. 13; GROSSFELD, *op. cit.*, p. 70; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 11; Eike v. HIPPEL, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen*, cit., p. 1731; GREGORY e KALVEN, *op. cit.*, p. 412; e per quanto concerne i *compensatory damages*, in caso di dolo, Mc NEELY, *Illegality as a factor in liability insurance*, cit., p. 31 ss., 41 ss.; PROSSER, *op. loc. ult. cit.*; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 577; FLEMING, *op. loc. ult. cit.*).

Se a commettere il fatto doloso, per il quale altri risente un pregiudizio, non sia stato direttamente il convenuto, il motivo accennato verrà meno: e, infatti, l'art. 1228 cod. civ. prevede che il debitore possa pattuire la propria irresponsabilità per i comportamenti dolosi anche dei terzi, dell'opera dei quali egli si avvalga nell'adempimento dell'obbligazione. Si tratta di una norma la cui applicabilità in materia extracontrattuale, ancora una volta, non può destare dubbio alcuno: né è difficile, del resto, immaginare qualche esempio in cui essa sarà praticamente rilevante. Basta pensare a tutti i casi in cui il fatto dannoso menzionato dall'art. 1228 rientra fra quelli per i quali è possibile un concorso della responsabilità aquiliana; e ben s'intende che, in queste situazioni, l'esonero non riguarda anche il terzo autore del dolo, contro il quale la vittima potrà sempre agire per il risarcimento.

Resta poi il caso in cui, ad arrecare volontariamente il danno, sia stato non già un terzo estraneo all'organizzazione del convenuto, bensì un sottoposto di quest'ultimo. L'art. 1229, 1° comma, sancisce la nullità del patto di esonero per i casi « in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico »; e da taluno si è ritenuto che il dolo dei soggetti contemplati nell'art. 2049 cod. civ. integri effettivamente una violazione di tal genere (richiami in LUPOI, *op. cit.*, p. 363, nota 156, il quale aderisce a tale orientamento).

Anche se così fosse, va notato, il motivo sanzionatorio non scomparirebbe proprio del tutto, stante l'immutata rilevanza del dolo nel giudizio di regresso tra preponente e ausiliario; rilevanza anzi maggiore del consueto, dal momento

astratto fosse il titolo —, ma essa è poi compiuta da un soggetto già

---

che in questo campo il regresso non è spesso possibile neppur dinanzi alla colpa grave del dipendente (o di fatto, perlomeno, non ha luogo: cfr. anche per la Francia, PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 220; SAVATIER, *Les métamorphoses*, cit., p. 353; per la Germania, BUCHNER, *Die Beurteilung*, cit., p. 2381; Eike v. HIPPEL, *Zur Haftung des Arbeitnehmers bei schadengeneigter Arbeit*, in *NJW*, 1969, p. 302 ss.; ROTHER, *op. cit.*, p. 251 ss.; per la Svizzera, BECKER, *op. cit.*, p. 195; per l'Austria, ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 88 ss.; per l'Ungheria, EÖRSI, *L'adaptation de la responsabilité civile*, cit., p. 17).

In realtà, non pare nemmeno che la formulazione dell'art. 1229 — ove si consideri il testo dei suoi due commi — consenta senz'altro di affermare che, ogniqualvolta il dipendente è in dolo, si abbia una violazione dell'ordine pubblico. E, d'altra parte, il rischio d'impresa è spesso così marcato che ogni illiberalità verso le clausole di esonero minaccerebbe di paralizzare l'attività in questione. Ciò è stato avvertito soprattutto in materia di trasporto marittimo, dove il legislatore (art. 423 cod. nav.), la dottrina (per tutti, CASSESE, *Limitazioni convenzionali della responsabilità e ordine pubblico*, in *Riv. dir. nav.*, 1963, II, p. 120), e la giurisprudenza (App. Genova, 23 gennaio 1965, in *Foro it., Rep.*, 1965, voce « *Noleggio* », n. 50; App. Genova, 25 maggio 1965, in *Dir. maritt.*, 1965, p. 584) ammettono la validità del patto di irresponsabilità dell'armatore anche per i fatti dolosi del capitano o dell'equipaggio. Vi sono tuttavia altri settori in cui si è affermata una soluzione analoga (ad esempio, nel trasporto aereo: cfr. PICARD, *Note*, in *Rev. gén. ass. terr.*, 1932, p. 547; in generale, LUPOI, *op. cit.*, p. 362 ss.): ed è, in fondo, proprio questo orientamento — almeno per quei settori dove la possibilità di controllo sui dipendenti sia minima, e dove non debba prevalere il motivo della tutela del contraente debole (BIANCA, *op. cit.*, p. 410; STARCK, in *Dalloz*, 1974, cit., p. 160; EÖRSI, in *Am. journ. comp. law*, 1975, cit., p. 235) — ad apparire più coerente con gli stessi principi dell'ordine pubblico (in tal senso, DERNBURG, *Das bürg. Recht*, II, 1, cit., p. 166; CROME, *System*, I, cit., p. 488; ENDEMANN, *Lehrbuch*, cit., p. 636; POLACCO, *op. cit.*, p. 391; DEMOGUE, *op. cit.*, 1, V, cit., p. 468; PLANCK-SIBER, *op. cit.*, II, 1, cit., p. 223; WIEFELS, *op. cit.*, p. 68; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 425; F. FERRARA, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, cit., p. 137; App. Lecce, 10 gennaio 1949, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, c. 473; Trib. Milano, 11 gennaio 1954, *ivi*, 1954, I, 2, c. 127; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *op. cit.*, p. 465, nota 3; De JUGLART, *Corus de droit civil*, II, cit., p. 208; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 263; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 131 ss.; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.*, II, § 276, Bem. 62, p. 295; SLAIN, *Risk distribution*, cit., p. 262, nota 87; PUECH, *op. cit.*, p. 213).

Si è voluto qui trascurare — poiché al di fuori della responsabilità aquiliana — ogni richiamo all'art. 1900 cod. civ., e cioè all'impossibilità di un'assicurazione per i sinistri che il danneggiato subisca per proprio dolo o colpa grave; ma anch'esso, a ben vedere, non è del tutto privo di interesse, specie se si ammette che, per quanto concerne determinate attività, la responsabilità civile sia destinata non già a svilupparsi sulla falsariga dell'assicurazione per

beneficiato dal sistema, libero com'era di condursi senza l'ordinaria diligenza [124].

Non è chi non avverta, in ogni caso, il ruolo assai diverso che la « pena » esercitata nell'area della colpa — anche se pur qui [125] vi è

---

la responsabilità, ma a rimaner ferma o a retrocedere per l'intervento di un'auto-assicurazione contro il danno (sui vantaggi di questo tipo di assicurazione rispetto all'altro, MORRIS, *Hazardous enterprises and risk bearing capacity*, in *Yale law journ.*, 1952, p. 1172 ss., 1178; BARASSI, *op. ult. cit.*, II, p. 631; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 18; FRIEDMANN, *Principles*, cit., p. 28 s.; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 5; Eike v. HIPPEL, *Allgemeiner Schutz vor Haftungsrisiken*, in *JZ*, 1972, p. 735 ss., 737; TUNC, *Assurance de responsabilité et assurance directe dans les accidents de la circulation*, in *Festschrift für Zepos*, Athen-Freiburg i.Br.-Köln, 1973, p. 721 ss., 726 ss., al quale si rimanda per richiami ulteriori di letteratura americana).

[124] Si spiega dunque l'insistenza di taluni sul « valore emotivo » che la condanna dell'autore assume, agli occhi della vittima, nei casi in cui ad essere colpiti siano stati essenzialmente i sentimenti di quest'ultima. Così, ad esempio, per l'ipotesi di *personal defamation* o di *interference with domestic relations* — due campi in cui la rilevanza del dolo è talvolta esclusiva già in rapporto all'*an respondeatur* — il *Restatement of torts*, IV, cit., § 944, comment *j*, p. 753. In generale, SENG, *Zur Frage der Vergütung*, cit., pp. 363-364 e p. 368; PFAFF, *op. cit.*, p. 15; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 240; WILBURG, *op. cit.*, p. 285; HORTEN, *op. cit.*, p. 18; NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden*, cit., p. 340; Julius v. GIERKE, *Grundfragen*, cit., p. 161; STARCK, *Essai, cit.*, p. 373; OFTINGER, *op. ult. cit.*, p. 257, nota 12; BECKER, *op. cit.*, p. 238 (« Bei besonderer Bosheit kann aber der Tatbestand für eine Genugtuungsforderung gegeben sein »); GROSSFELD, *op. cit.*, pp. 77-78 e p. 91; RÖTELMANN, *Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte*, cit., p. 400 ss.; HORN, *op. cit.*, p. 146; Peter HARTMANN, *Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld*, in *NJW*, 1962, p. 12 ss.; Karl WOLF, *Der zivilrechtliche Schutz der ehelichen Gemeinschaft gegen Störungen Dritter im deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen und englischen Recht sowie im Recht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Tübingen, 1957, p. 235; ESSER, *Wandlungen von Billigkeit*, cit., p. 17; ID., *Schuldrecht*, I, cit., p. 267 e pp. 288-289; DEUTSCH, *Schmerzensgeld und Genugtuung*, cit., pp. 202-203; PECHER, *Der Anspruch*, cit., p. 71 ss.; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 4; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 540 ss.

[125] Sul carattere di riprovazione della responsabilità per colpa insistono particolarmente ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., pp. 6-7; ENDEMANN, *op. cit.*, p. 1269; v. TUHR, *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, II, 2, cit., p. 481; ID., *Partie gén.*, I, cit., p. 88; LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., p. 43 ss.; ID., *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 425; MARTEAU, *De la notion de la causalité*, cit., p. 152; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 21; KRESS, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 426; Heinrich STOLL, *Schadensersatz und Unrecht*, cit., p. 150; STOLL-FELGENTRAE-

un'attenzione per le modalità della condotta, e anche se permane il

---

GER, *op. cit.*, p. 202; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, cit., p. 189; EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig, 1913, pp. 176-177; P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 320; ID., *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, cit., p. 692; ID., in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, VI, 1, p. 643; ID., *La faute et sa place*, cit., p. 481 ss. e p. 483; WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, cit., p. 50; G. BOEHMER, *Die Einwirkungen des zweiten Weltkrieges, der Nachkriegszeit und der Währungsreform auf privatrechtliche Verhältnisse*, Tübingen, 1949, p. 20; COING, *Interessenberechnung und unmittelbarer Schaden*, cit., p. 871; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 1 ss.; Hermann LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, p. 111; NIPPERDEY, in *NJW*, 1957, cit., pp. 1781-1782; ID., in *NJW*, 1967, cit., p. 1993; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 1274; REHFELDT, *op. cit.*, p. 218; STARCK, *Domaine et fondement*, cit., p. 508; HORN, *op. cit.*, p. 87; v. CAEMMERER, *Die absoluten Rechte*, cit., p. 577 ss.; ID., *Das Problem des Kausalzusammenhanges*, cit., p. 396; ID., *Wandlungen*, cit., p. 542 ss.; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 261; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 49; GROSSFELD, *op. cit.*, p. 79; EÖRSI, *Fundamental problems of socialist civil law*, cit., 119; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 300; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 116; BÜNING, *Die Verjährung*, cit., p. 1 e p. 15; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, II, §§ 249-253, Bem. 14, p. 158; LÖWISCH, in *AcP*, 1965, cit., p. 426; ESSER, *Fälle und Lösungen*, cit., p. 138, nota 36; ID., *Schuldrecht*, cit., II, p. 393 (« Es ist der vorwerfbar fehlerhafte Wille, der den gerechten Zurechnungsgrund abgibt ») e p. 397; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 224 e p. 248; KOZIOL-WELSER, *op. cit.*, p. 177; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 366; SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, cit., p. 33; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery*, cit., p. 790 ss.

Si vedano, peraltro, LARENZ, *Über Fahrlässigkeitsmasstäbe*, cit., p. 125 (« Mir scheint aber doch, dass, wenn auch nicht alle, so doch die meisten Fälle sich darauf zurückfuhren lassen, dass entweder wegen ihres einer Strafe ähnlichen Charakters die Rechtsfolge nur dann gerechtfertigt ist, wenn dem Handelnden ein persönlicher Vorwurf gemacht werden kann, oder doch der für den objektif-typisierenden Massstab grundlegende Gedanke einer gerechten Risikoverteilung sowie der ' Vertrauengrundsatz ' im Verkehr hier ausscheidet »); KEETON, *Conditional fault*, cit., p. 418 ss.; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 211; OFTINGER, *op. cit.*, p. 27 e p. 127; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 33 e p. 51; WIEACKER, *Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit*, cit., p. 537; LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik*, cit., p. 436; Hans STOLL, in *JZ*, 1958, cit., p. 143; JOLOWICZ, *Liability for accidents*, cit., p. 51 (« The fact of the matter, as it seems to me, is that common law is at present pulling in two directions at once. It is increasingly elevating the fault principle at the expense of almost every form of strict liability; and at the same time it is increasingly insisting that the object of an award of damages is compensation and not punishment »); RUMMEL, *Ersatzansprüche bei summierten Immissionen*, cit., p. 92; MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., p. 37; ALPA, *op. cit.*,

requisito della capacità di intendere e volere: diverso, non soltanto perché il dolo attenua o fa cadere quelle spinte che possono importare, all'altro titolo, un carico di spesa più leggero [126]; ma proprio per il fatto che il rimprovero — valga anche l'esempio dei problemi sorti sul terreno del reato [127] — ha una ben più profonda risonanza allorquando l'*alterum non laedere* è trasgredito consapevolmente [128]. Né è strano che a un'identica misura, qual è una condanna pronunciata nel territorio dell'equivalenza, si assegnino caratteri variabili secondo che vi sia o non vi sia il dolo [129]: ciò appare un risvolto naturale della complessità di una materia chiamata, come questa dell'illecito, a go-

---

pp. 329-330; Eike SCHMIDT, *Grundlagen*, cit., p. 512 ss.; KRAMER, in *AcP*, 1971, cit., p. 428; MERTENS-REEB, *Grundfälle*, 1972, cit., p. 36.

[126] Cfr. VINEY, *Le déclin*, cit., p. 311.

[127] Per la restrizione della qualifica di « delitti » ai soli reati dolosi, si veda, ad esempio, BERENINI, *La subiettività del reato*, Napoli, 1899, p. 165. Significativi anche i rilievi di THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 85, nota 20. Ma la questione si sarebbe riproposta anche in seguito; cfr., in particolare, BRUNETTI, *Il delitto civile*, cit., p. 276; LEVI, *Note* a Thon, op. cit., p. 110; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 151, nota 2 e p. 153 ss. Si vedano pure FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 736 ss.; ID., voce « *Illecito (in genere)* », cit., p. 667; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 288; BRASIELLO, in *Commentario* a cura di D'Amelio-Finzi, *Obbligazioni*, III, cit., p. 231, nota 4; ID., *I limiti*, cit., p. 287; J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, cit., p. 778 e p. 979 ss.; ID., *Negligent behaviour should be excluded from penal liability*, in *Col. law rev.*, 1963, p. 632 ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 60; PETTOELLO MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 58; Note, *Negligence and the general problem of criminal responsibility*, in *Yale law journ.*, 1971-72, p. 949 ss.; ROSS, *The campaign against punishment*, in *Scand. stud. in law*, 1970, p. 109 ss.; MERTENS-REEB, *op. cit.*, 1972, p. 36, nota 18; OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, in *JuS*, 1974, p. 702 ss.

[128] Lo stesso P. ESMEIN, *La faute et sa place*, cit., p. 484, pur volendo difendere l'idea secondo cui dolo e colpa sarebbero « du même ordre », riconosce che « quand le dommage causé par la faute d'imprudence ou de négligence n'est pas grave, le sentiment d'une souillure n'a qu'une très faible intensité ». Ancor più risolutamente, DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto*, cit., p. 131; HADDEN, *Contract, tort and crime: the forms of legal thought*, cit., pp. 256-257; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 263, nota 62; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution*, cit., p. 520.

[129] Per qualche rilievo, MORRIS, *Punitive damages*, cit., p. 1198 (il quale osserva, tra l'altro, come l'eventualità di una reazione violenta, da parte della vittima, sia tanto più probabile quando la lesione è stata dolosa, e come il diritto debba preoccuparsi di trovare rimedi adeguati affinché tale desiderio di vendetta non si traduca in aggressioni o in scontri violenti).

vernare tante situazioni [130] — e raro, comunque, sarà il caso in cui la cifra del risarcimento non debba subire variazioni [131].

Cercare d'altronde di far leva su tale differenza di risalto, ossia voler respingere il castigo in quanto motivo non costante, sarebbe ridar voce ai preconcetti di chi sbarrava il passo alle figure spoglie del timbro punitivo: a parte che così ogni chiarimento intorno al meccanismo della responsabilità, almeno nei suoi termini non stabili, verrebbe ad esaurirsi col riscontro dei requisiti di ciascuna fattispecie [132]. Può darsi poi che il biasimo, in concreto, sia accolto in

---

[130] Cfr. MILLNER, *Negligence in modern law*, cit., *Introduction*, p. 4; oppure NICOLÒ, *Istituzioni*, cit., p. 94, nota 40.

Si veda anche ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 74 ss., il quale tenta però, con scarso successo, di evidenziare un profilo di biasimo anche nell'ambito del rischio (e può venire alla mente FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 117, che da un lato difendeva la categoria dell'antigiuridicità obiettiva, dall'altro reclamava che « jede Rechtswidrigkeit enthält einen Vorwurf »). Per una critica, ad ogni, modo, LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung*, cit., p. 379; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 225, nota 10; HADDEN, *op. cit.*, p. 253; LINDEN, in *Am. journ. comp. law*, 1966-67, cit., p. 312.

[131] Così com'è raro che la considerazione della buona o mala fede non incida nella disciplina del rimborso delle spese o nel regolamento delle indennità cui può aver diritto chi abbia effettuato miglioramenti sulla cosa altrui.

Vale anzi la pena di ricordare, a questo proposito, come anche nel diritto americano, per il trattamento del *trespasser* che abbia tagliato piante o alberi sul fondo altrui, sottratto frutti, asportato ghiaia, materiali, carbone, petrolio o altri minerali, si distingua nettamente a seconda che il fatto sia stato compiuto in buona oppure in mala fede: in questo secondo caso negandosi il diritto al rimborso delle spese effettuate per l'operazione, o adottandosi criteri meno favorevoli all'usurpatore per il calcolo del valore della cosa (Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 492 ss., il quale aggiunge — p. 499, testo e nota 67 — come certi *Statutes* prevedano dinanzi al dolo una responsabilità per il doppio o per il triplo, mentre resta sempre possibile in alternativa una condanna agli *exemplary damages*; cfr. anche WILLIS, *Measure of damages*, cit., p. 424 ss.). Indicazioni analoghe, per l'Inghilterra, in Mc GREGOR, *On damages*, cit., p. 674 ss. Significative, d'altro canto, le regole che il *Restatement of torts*, IV, cit., § 932, detta per quell'ipotesi di « services tortiously obtained » in cui è necessario postulare, alla base, l'esistenza di « force, fraud or duress » (dovrà esser data la maggior somma tra il valore della prestazione effettuata e quella dei guadagni perduti, si prescinderà da ogni considerazione per l'utilità ricavata effettivamente dal *defendant*, e via di seguito).

[132] Indicativa, in tal senso, la sistemazione di GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 178; oppure BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., p. 170 ss. Sui limiti di letture del genere, Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 191 ss.; v. anche — con riferimento a Wilburg — REINHARDT, *Beiträge* cit., pp. 168-169; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 465.

maniera diseguale secondo le fortune dell'autore [133] — facendosi sentire tanto meno quanto egli è più ricco e ben provvisto [134] —, ma questa è una realtà per cui il diritto non può apparentemente fare molto [135]; lo stesso, ad ogni modo, si verifica nel caso delle pene pecu-

---

[133] L'osservazione fu abbastanza frequente nella dottrina, soprattutto penalistica, di alcuni decenni orsono: ad esempio, STOPPATO, *L'azione civile nascente da reato e i limiti della funzione dello Stato nella riparazione alle vittime del delitto*, in *Riv. pen.*, 1893, p. 214 e p. 221; RESTANO, *Soggettivismo e oggettivismo*, in *Scienza del diritto penale*, Modena, 1898, p. 95; PROAL, *Le crime et la peine*, cit., p. 440 e p. 484.

[134] STARCK, *Essai*, cit., p. 357; LUNDSTEDT, *Legal thinking revised*, cit., p. 59. Ma ad avvertire meno di tutti il peso della sanzione — ricordano CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 38; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 150; e lo stesso STARCK, *op. loc. cit.* — sarà colui che è in miseria e non ha beni suscettibili di sequestro. Analogamente, DEMOGUE, *Traité*, 1, III, cit., p. 466; MORRIS, *Punitive damages*, cit., p. 1191.

[135] Sulla proposta di graduare l'ammontare del risarcimento, o di decidere della sua stessa ammissibilità, in funzione delle condizioni economiche del danneggiante o del danneggiato — per cui, in vario modo, WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 621; STEINBACH, *Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz vom Vermögensschäden*, cit., pp. 90-91; UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr*, Jena, 1893, p. 140; MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4ª ed., Tübingen, 1908, p. 18; JENKS, *Digeste*, I, cit., art. 949, p. 322; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., pp. 160-161; FEITH, *Haftung ohne Verschulden im kommenden Recht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1936, p. 50; REINHARDT, *Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht*, cit., p. 76 ss.; ID., *Beiträge*, cit., p. 187; WILBURG, *Die Elemente*, cit., pp. 28-29; Julius v. GIERKE, *Grundfragen*, cit., p. 161; MICHAELIS, *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts*, cit., p. 150 e p. 162 ss.; FUNK, *op. cit*, p. 42; Alb. EHRENZWEIG, *Ersatzrecht-Versicherung*, cit., p. 14; BLEY, *op. cit.*, p. 131 e p. 145; MARTON, *Versuch*, cit., p. 73; VINEY, *Le déclin*, cit., p. 197; BOLLA-KOTEK, *Gedanken zum Schadensrecht in der modernen Industriegesellschaft*, in *Festschrift Wilburg*, cit., p. 31 ss., 41 — v. i rilievi critici di VENEZIAN, *op. cit.*, p. 108; M. RÜMELIN, *op. ult. cit.*, p. 70 (« Heisst das nicht den Civilrichter zum Organ einer ' gerechten Vermögensverteilung ' machen wollen, wozu ihm jede Legitimation fehlt? »); CHIRONI, *op. cit.*, II, p. 368; COSACK-MITTEIS, *op. cit.*, p. 395; SCHNEIDER, *Treu und Glauben*, cit., p. 213; CESAREO CONSOLO, *op. cit.*, p. 213; ORLANDO CASCIO, *op. cit.*, p. 12; MORRIS, *On torts*, cit., p. 248 (« Our sense of justice is outraged when claimants are favored merely because they happen to be poor and defendants are disfavored merely because they happen to be rich »); MÖLLER, *Summen- und Einzelschaden*, cit., p. 137; POUND, *An introduction to the philosophy of law*, 2ª ed., New Haven 1954, pp. 103-104; Hermann LANGE, *Herrschaft und Verfall*, cit., pp. 133-134; OFTINGER, *op. ult. cit.*, p. 246 (« ... weil Erwägungen der Kommiseration nicht auf diese Frage übergreifen dürfen: sonst verlässt man den Boden der Rechtsanwendung »); TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 29-30;

Charlesworth, *op. cit.*, p. 572; Larenz, *Lehrbuch*, I, cit., p. 158; Rodotà, *Il problema*, cit., p. 142, nota 35; Comporti, *op. cit.*, p. 157, nota 37; De Cupis, *Il danno*, I, cit., p. 408; Horn, *op. cit.*, p. 144; Cattaneo, *Il concorso di colpa*, cit., p. 477; Scognamiglio, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 20; Fleming, *The role of negligence*, cit., p. 845. È evidente che il rifiuto non riguarda l'eventualità di una diversa valutazione del lucro cessante a seconda dei cespiti che il fatto lesivo ha impedito al danneggiato di guadagnare; si contesta l'idea di una moderazione o di un possibile aumento del risarcimento rispetto a un pregiudizio di cui il giudice abbia potuto accertare l'esatta misura (« fausse equité » la chiamano H. e L. Mazeaud e Tunc, *op. cit.*, III, p. 528; di « buon samaritano » parla R. Pound, *op. ult. cit.*, p. 108). In Francia, ancora, Demogue, *op. cit.*, 1, IV, p. 132; Agatstein, *op. cit.*, p. 109; Rodière, *op. cit.*, *Préface*, p. 2; Chabas, *Note* a Ch. civ., 15 nov. 1972, cit., p. 535; e già Demolombe, *Cours*, XXXI, cit., p. 424 (v. soltanto *ivi*, p. 594); Aubry e Rau, *op. cit.*, § 445, nota 9; con particolare vigore, De Harven, *Mouvements généraux*, cit., p. 277.

Si vedano comunque H. e L. Mazeaud e Tunc, *Traité*, III, cit., p. 534, i quali, dopo aver respinto energicamente questa prospettiva, sentono il bisogno di aggiungere: « Heureusement, l'évaluation du dommage comporte toujours une partie d'arbitraire dont le juge pourra user, s'il est discret, pour modérer l'indemnité ». Analogamente, L. Ripert, *La réparation*, cit., p. 106; Savatier, *Traité*, II, cit., p. 188; Barassi, *La teoria generale*, II, cit., p. 558 ss. Oppure Dernburg, *Pandette*, II, cit., p. 174, nota 4; Randa, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 77; v. Tuhr, *Partie gén.*, I, cit., p. 88; Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung*, cit., pp. 37-38; Deutsch, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 387 ss.; Lawson, *Negligence*, cit., p. 66; Rother, *op. ult. cit.*, p. 290; Bianca, *Dell'inadempimento*. cit., p. 323; Tunc, *Les problèmes contemporains*, cit., p. 776; Hans Stoll, *Die Reduktionsklausel*, cit., p. 501; Grönfors, *Apportionment of damages*, cit., p. 110; Selmer, *Limitation of damage according to the circumstances of the « average citizen »*, in *Scand. stud. in law*, 1961, p. 131 ss.; Mertens, *op. cit.*, p. 187; Street, *op. cit.*, p. 9.

In Svizzera, il principio è stato accolto in parte nell'art. 44, 2° comma, C. O. — su cui *retro*, cap. VIII, nota 6; nonché A. Keller, *Haftpflicht*, cit., p. 92 ss. — ed in alcune leggi speciali (elencate da Oftinger, *op. ult. cit.*, p. 244; oppure v. Büren, *op. cit.*, p. 63, nota 101) che ammettono la possibilità per il giudice di ridurre il risarcimento in caso di « reddito eccezionalmente alto della vittima » (così già l'invocazione di v. Tuhr, *op. ult. cit.*, I, p. 87, nota 86): ma si osserva che tale potere è stato esercitato assai moderatamente dalla giurisprudenza, la quale preferisce arrivare semmai allo stesso risultato con lo strumento offerto dalla disciplina sul concorso di colpa del danneggiato (Oftinger, *L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente*, in *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, p. 726; cfr. anche Becker, *op. cit.*, p. 247; Guhl, *op. cit.*, p. 79). Nella stessa Unione Sovietica « esso sembra essere caduto praticamente in disuso » (così Trimarchi, *op. ult. cit.*, p. 30, nota 65; la prospettiva dell'art. 406 del cod. civ. sov. è di recente apparsa «stimolante» a Forchielli, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, cit., p. 1390; si vedano anche Rudzinski, *New communist civil codes of Czechoslovakia and Poland: A general appraisal*, in *Indiana law journ.*, 1965, p. 33 ss.; Livneh, *Factors determining the amount of damages*, cit., p. 187 ss.).

Nel diritto anglo-americano, è certamente influenzata da considerazioni del genere la quantificazione degli *exemplary damages*: cfr. *Restatement of torts*, IV, cit., § 908, comment *e*; Mc Cormick, *op. cit.*, p. 297, nota 6; Hans Stoll, *Penal purposes*, cit., p. 11; Mc Gregor, *op. cit.*, p. 230, il quale sottolinea che tale elemento potrà comunque rilevare nei soli casi cui gli *e. d.* non servano per ottenere la corresponsione dell'arricchimento (*infra*, nota 144).

È inutile ricordare che da noi questo motivo — secondo la traccia già offerta dal § 1310 dell'ABGB — è stato accolto testualmente nell'art. 2047 cod. civ., dove si prevede che l'indennità dovuta dall'incapace naturale debba calcolarsi sulla base « delle condizioni economiche delle parti »; qui si è al di fuori, tuttavia, da qualsiasi profilo sanzionatorio, e che il principio « non trovi applicazione fuori di questa ipotesi è cosa troppo evidente per dover essere discussa » (Trimarchi, *op. ult. cit.*, p. 30). Per qualche applicazione nel caso di concorso di colpa dell'incapace, o di pluralità di coautori incapaci, Ames, *Law and morals*, cit., p. 100; Kohler, *Schuldrecht*, cit., p. 488; v. Tuhr, *op. ult. cit.*, I, p. 343; Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 353; Lehmann, *Allg. Teil*, cit., pp. 324-325; Rother, *op. cit.*, p. 91; Esser, *Schuldrecht*, II, cit., p. 395.

Per la rilevanza delle considerazioni di carattere economico, nella scelta fra risarcimento e reintegrazione in f. s., Im Hof, *Die Art und Grösse des Schadensersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Tit. I/II*, Bern, 1912, p. 214 ss.; Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. cit., p. 53; e, per quanto concerne l'ammontare dell'indennità dovuta nel caso di danno arrecato in stato di necessità, Valsecchi, *op. cit.*, p. 161.

In senso favorevole a un riguardo per la ricchezza delle parti, nella valutazione del danno non patrimoniale, ma avvertendo che « a tale criterio si può ricorrere solo eccezionalmente e, comunque, anche per quanto riguarda gli effetti pratici, con molta cautela », Ravazzoni, *La riparazione*, cit., p. 180, testo e nota 42. Cfr. pure Seng, *Zur Frage der Vergütung*, cit., p. 375; Arm. Ehrenzweig, *System*, II, 1, cit., p. 575; Cesareo Consolo, *op. cit.*, p. 283; Heinrich Lange. *op. ult. cit.*, pp. 133-134; Donaldson, *Bemessung*, cit., p. 467; Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité*, II, cit., p. 439; Koch, *Probleme der Schadensabwägung zwischen Nebentäter und einem mitschuldigen Verletzten*, in *NJW*, 1967, p. 181 ss., 184. Ancor più decisamente, Mayr. *Lehrbuch*, II, cit., p. 310; Oftinger, *Schweiz. Haftpflichtrecht*, cit., p. 269; Lieberwirth, *op. cit.*, p. 41 ss.; Esser, *Wandlungen von Billigkeit*, cit., pp. 26-27; Id., *Responsabilité et garantie*, cit., p. 487; Id., *Schuldrecht*, I, cit., p. 290; v. Caemmerer, *Wandlungen*, cit., p. 521; Fikentscher, *op. cit.*, p. 610; Wussow, *Ersatzansprüche bei Personenschaden*, cit., p. 54; Hans Stoll, *Schadensersatz und Strafe*, cit., p. 571; Hanau, *Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung*, in *VersR*, 1969, p. 291 ss., 295. Per qualche applicazione giurisprudenziale, Visintini, *La responsabilità civile*, cit., p. 685. *Contra*, Krasnopolski, *op. cit.*, p. 220, nota 9; Knöpfel, *op. cit.*, p. 149; Seydel, in *NJW*, 1950, cit., pp. 1018-1019; Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., p. 332; Bötticher, *Zur Ausrichtung*, cit., p. 398 ss.

niarie, misure cui nessuno disconosce caratteri e funzioni correttive [136].

Restano così soltanto i dubbi di chi lamenta come la sanzione, dovendo rapportarsi al pregiudizio, finisca spesso per non esser cor-

---

Non mancano punti di contatto fra tutto ciò e la proposta secondo cui la responsabilità, soprattutto nell'area del rischio, dovrebbe esser fatta gravare sul soggetto che, per la sua posizione, e in definitiva proprio per le sue sostanze, è in grado di assicurarsi con minori difficoltà contro il danno, o di sostenere meglio l'onere di pagamento del premio; proposta sulla cui bontà si può forse concordare più facilmente, pur rilevando che, dopo tanti decenni dal momento in cui la si è formulata, essa non sembra aver influito considerevolmente sulla politica della responsabilità civile (Forchielli, *op. ult. cit.*, p. 1389, nota 28; Rescigno, *Manuale*, cit., p. 644, parla comunque di « una prospettiva assistita da notevoli possibilità di compiersi in tempi relativamente brevi »), e benché un sistema del genere sollevi a sua volta non pochi altri problemi — l'assicurato è indotto fatalmente a trasferire il costo del premio pagato sul prezzo dei servizi o dei prodotti ch'egli fornisce, e così pure l'assicuratore può a sua volta recuperare facilmente la perdita dell'indennità erogata aumentando il premio per tutti gli assicurati, onde la collettività finisce per sopportare le conseguenze di quell'inerzia nell'adozione di misure preventive che viene in tal modo incoraggiata (*retro*, nota 94; cui *adde* Pirson-De Villé, *Traité*, I, cit., p. 120; Fleming, *op. cit.*, p. 10 ss.); il rilievo secondo cui il mercato provvederebbe poi a punire le imprese meno accorte e perciò costrette a fissare prezzi più alti per i propri beni (F. James, *Accident liability reconsidered*, cit., p. 561; Trimarchi, *op. ult. cit.*, p. 41; Calabresi, in più occasioni, e ad esempio *Views and overviews*, in *Law Forum*, 1967, p. 611; Sandler, *Strict liability and the need for legislation*, in *Virg. law rev.*, 1967, p. 1509 ss., 1514; Alpa, *op. cit.*, p. 306; Winfield e Jolowicz, *op. cit.*, p. 4 ss.), si scontra d'altra parte con la constatazione che non manca certo agli imprenditori la possibilità di giungere ad accordi sul prezzo generale di una certa merce (M. Barcellona, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 370; P. Barcellona, *Diritto privato e sistema economico*, cit., pp. 350-351; Atiyah, *Vicarious liability*, cit., p. 25); senza contare poi il rischio che siano le società assicuratrici a intervenire nella politica della responsabilità civile, ad esempio blanciando con l'imposizione di un titolo più restrittivo — e per se stesso ingiustificato — la minaccia di una collusione fra danneggiante e vittima (così, in America, per il trasporto benevolo), e per non dire infine del pericolo che si accentui l'inclinazione dei giudici ad adeguare l'ammontare del risarcimento al massimale dell'assicurazione (L. Ripert, *La réparation*, cit., p. 109; Dias, in Clerk e Lindsell, *op. cit.*, p. 515; sottolinea i limiti di questa linea di tendenza, Douglas, *Vicarious liability and the administration of risk*, in *Yale law journ.*, 1928, p. 584 ss.; cfr. però anche Lord Tucker, in *Latimer* v. *A. E. C. Ltd.*, 1953, A. C. 643, 538; Viscount Simonds in *Davie* v. *New Merton Board Mills Ltd.*, 1959 A. C. 604, 626-627; Prosser, *op. ult. cit.*, p. 22; Atiyah, *Accidents*, cit., p. 562 ss.; Rodotà, *Quale equità?*, in *Pol. del dir.*, 1974, p. 31 ss., 37).

[136] Cfr. Gabba, *Nuove questioni*, I, 2, cit., p. 218.

relata con il grado effettivo della colpevolezza [137]; o di chi pensa che essa avrà poco rilievo nei casi in cui l'agente abbia ritratto dall'illecito vantaggi maggiori, economicamente, di quanto non sia la misura del danno che gli si impone di rifondere [138].

Sul primo punto, è però facile ribattere che la « proporzionalità del male inflitto alla gravità della colpa non è un connotato essenziale del concetto di sanzione » [139]; e, in generale, è possibile osservare come la scarsa comparabilità tra intensità del dolo e *quantum* del risarcimento renda per se stesso problematico ogni discorso di proporzione e sproporzione [140].

Quanto al secondo, si può forse concedere che l'eventualità di un arricchimento superiore al danno abbia meno probabilità di verificarsi altrove, che non proprio nell'ipotesi di dolo, dove tutto lo sviluppo degli eventi risulta calcolato già in partenza: ma l'opinione che in tali circostanze non possa più parlarsi di castigo varrà su un piano meramente empirico, giacché la considerazione del guadagno ottenuto dall'agente — così come, di regola, quella del lucro che consegua la vittima [141] — rimane formalmente estranea al giudizio

---

[137] Marteau, *De la notion de la causalité*, cit., p. 151; Winfield e Jolowicz, *On tort*, cit., p. 3, nota 7.

[138] Proal, *Le crime et la peine*, cit., p. 484; Brunetti, *Il delitto civile*, cit., pp. 371-372; Antolisei, *L'offesa e il danno*, cit., p. 150; Carnelutti, *Il danno e il reato*, cit., p. 36; Starck, *Essai*, *cit.*, p. 417; Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, cit., c. 1420.

[139] Trimarchi, *Illecito*, cit., p. 108. Analogamente, Torregrossa, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., p. 26.

[140] Così, in sostanza, Candice, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 98. V. anche Larenz, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung*, cit., p. 379.

Né varrebbe l'obiezione secondo cui anche nel testo (*retro*, cap. III) si è più volte caldeggiata la tesi del trattamento più severo per chi abbia agito con dolo: in quella sede ci si è infatti limitati a sostenere che, dinanzi a una condotta maliziosa, vengano meno le ragioni che giustificano altrimenti una differenza fra danno e risarcimento, e non si è affatto preteso che l'entità di quest'ultimo — senza mediazioni intermedie — possa farsi discendere automaticamente dall'accertamento di un determinato grado di colpevolezza.

[141] La « *compensatio lucri cum damno* » è infatti esclusa ogniqualvolta pregiudizio e vantaggio non siano conseguenza di uno « stesso fatto »: così, fra le pronunce più recenti, Cass. 10 marzo 1972, n. 685, in *Giur. it.*, *rep.*, 1972, voce « *Responsabilità civile* », n. 227; Cass. 25 marzo 1972, n. 944, *ivi*, n. 229; Cass. 26 aprile 1972, n. 1298, *ivi*, n. 231; Cass. 26 ott. 1973, n. 2782, in *Arch. Resp. civ.*, 1974, p. 400. In dottrina, analogamente, De Cupis, *Compensatio lucri cum damno*, in *Riv. crit. resp. civ.*, 1938, p. 57 ss., e successivamente nel volume *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*,

di responsabilità civile [142]. Più significativo, per chi voglia muoversi su un terreno di fatto, può essere casomai rilevare come il maggior

cit., p. 11 ss.; PACCHIONI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 122; TRIMARCHI, *Condizione sine qua non*, cit., p. 1444; BIANCA, *op. cit.*, p. 265 ss.; ancora DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 274 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, cit., pp. 14-15. In Francia, P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 505 ss.; ID., in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, VI, 1, p. 971.

Non diversa anche la soluzione proposta nell'ambiente di lingua tedesca, dove la maggior ricchezza dei contributi dedicati all'argomento, più che da incertezze sui risultati pratici, è in effetti dovuta al diverso e più profondo interesse per il problema della nozione di danno; problema con il quale, soprattutto nella discussione sull'accettabilità o meno della *Differenztheorie*, l'esame dell'istituto in questione è stato messo in rapporto sin dai lavori più lontani. Si vedano infatti DERNBURG, *Pandette*, II, cit., p. 183, nota 12; CROME, *Teorie fondamentali*, cit., p. 102, nota 41; WINDSCHEID, *Pandette*, II, cit., p. 39, nota 4; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 38 ss.; STINTZING, *Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt?*, Leipzig, 1905; KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 478; ancora OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1901; WALSMANN, *Compensatio lucri cum damno*, Rostock, 1900; v. TUHR, *Partie gén.*, I, cit., p. 86; ID., *Recensione* a Fischer, cit., p. 82 ss.; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 127 ss.; PLANCK (-SIBER), *op. cit.*, II, 1, p. 79 ss.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 41 ss. E successivamente, LEONHARD, *Allg. Schuldr.*, cit., pp. 204-214; KRESS, *op. cit.*, p. 287 ss.; HECK, *Grundriss*, cit., p. 49 ss. e p. 55 (ove viene sottolineata l'opportunità che la decisione sulla compensabilità fra il danno e taluni guadagni venga presa tenendo conto del grado di colpa con cui è stato realizzato l'illecito); WILBURG, *Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung*, in *Jherings Jahrbücher*, 1932, p. 51 ss.; LARENZ, *Lehrbuch*, I, cit., p. 114 ss.; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 234; WERNER, *Vorteilsausgleichung, Kausalität und das Wesen der Schadensersatzpflicht*, in *NJW*, 1955, p. 769 ss.; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 67; ERMAN (-SIRP), *op. cit.*, p. 456; OFTINGER, *op. cit.*, p. 157 ss.; SOERGEL (-HAHNE), *op. cit.*, p. 694 ss.; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, §§ 249-253, Bem. 48 ss.; ROTHER, *op. cit.*, p. 222 ss.; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 76 ss.; CANTZLER, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, in *AcP*, 1957, p. 29 ss.; ALFF, Vor § 249, 32-36. Altri richiami *retro*, cap. X, nota 22.

Quanto ai sistemi di *common law*, cfr. soprattutto GANZ, *Mitigation of damages by benefits received*, in *Mod. law rev.*, 1962, p. 559; HART e HONORÉ, *op. cit.*, p. 150; Mc GREGOR, *Compensation versus punishment*, cit., p. 630 ss.; ID., *On damages*, cit., p. 10; ATIYAH, *Collateral benefits again*, in *Mod. law rev.*, 1969, p. 397 ss.

[142] E del resto questa ipotesi « ne se rencontre d'ailleurs dans aucune espèce de jurisprudence » (L. RIPERT, *La réparation*, cit., p. 110). Nel senso del testo, cfr. pure HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, II, cit., p. 144; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 29; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 35; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 572. E più ampiamente, *retro*, cap. III, nota 14.

ammontare del risarcimento dovuto in caso di dolo abbia spesso l'effetto di ridurre, per questa ipotesi, il possibile scarto fra i due termini; e chi getti poi uno sguardo alle altre sanzioni che sono previste nel nostro ordinamento — dentro e fuori al diritto privato — non avrà difficoltà ad accorgersi che una misura può avere e mantenere quel carattere anche dove non riesce ad assicurare la corresponsione dell'arricchimento, e anche se non è in grado di rimediare a inconvenienti diversi da quello per il quale essa è efficace [143].

Non è neppur esatto, ad ogni modo, che il danneggiato manchi sempre dello strumento capace di fargli ottenere il rimborso degli utili: vero è soltanto che, nei casi in cui esso è accordato, si potrà spesso utilizzarlo unicamente contro un soggetto che abbia agito in maniera cosciente e volontaria [144].

Diversa — come risulta dall'art. 15, l. 29 giugno 1939, n. 1497 e dall'art. 13, comma 2, l. 6 agosto 1967, n. 765 — la soluzione che si ha con l'illecito amministrativo: per qualche chiarimento, CANNADA-BARTOLI, voce « *Illecito (dir. amm.)* », cit., pp. 119-120.

[143] Cfr. Glanville WILLIAMS, *The aims of the law of tort*, cit., p. 147, alle cui conclusioni aderisce pure CATTANEO, *Il concorso di colpa*, cit., p. 480, nota 62. Ma già ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., pp. 157-158, nota 2.

[144] In generale, Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 499 (secondo cui il peggior trattamento riservato all'usurpatore in mala fede — *retro*, in questo capitolo, nota 131 — « may be justified as an attempt to so increase the risk of such conduct as to make it unprofitable, a result which might not follow if the only liability were for the market value of the thing appropriated with interest »); v. CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, cit., p. 352 e p. 394 (in relazione alla regola in tema di *negotiorum gestio* di cui al § 687, 2° comma, BGB); AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 114; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 506, nota 51.

Sul principio « tort does not pay » quando vi sia dolo — dopo *Rookes v. Barnard* — COLYER, *A modern view*, cit., p. 66; ROBB e BROOKES, *An outline*, cit., p. 244; SCOTT, *Casebook*, cit., p. 321; ISON, *op. cit.*, p. 82; ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., pp. 435-436; JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, pp. 251-252; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 567; Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 13; STREET, *op. cit.*, p. 327 e p. 439. Si tratta appunto di colpire quel soggetto che « with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrong-doing will probably exceed the damages at risk » (*Rookes v. Barnard*, 1964 A. C. 1129, 1227): cambiano così i termini del rapporto abituale fra l'azione *ex delicto* e il rimedio quasi-contrattuale (« ... unprepared to apply it to situations in wich the benefit to the defendant was not matched by an equivalent loss to the plaintiff »: così Mc GREGOR, *op.*

Così, almeno, in materia di possesso, dove l'art. 1148 cod. civ., disponendo che il possessore di buona fede faccia suoi i « frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno », lascia intendere che il possessore in malafede sarà invece tenuto a restituire al proprietario i frutti percepiti sin dal momento dell'acquisto del possesso: frutti i quali — è appena il caso di precisare — non vanno iscritti sotto la voce esclusiva del danno, ma rilevano anche sotto il profilo dell'arricchimento, dal momento che dovrà esser consegnata anche la parte di essi che il proprietario non avrebbe saputo ricavare dalla cosa [145].

---

ult. cit., p. 228), e si allarga nel contempo il raggio delle ipotesi in cui gli *exemplary damages* diventano ammissibili. Un'applicazione interessante si è intanto avuta in *Wasson* v. *California Standard Co.*, 1964 47 D. L. R. (2d) 71, per il caso di una compagnia petrolifera che, nello svolgimento di una ricerca, era entrata deliberatamente nelle proprietà di un terzo, distruggendovi un gran numero di piante: la Supreme Court of Alberta concluse per l'ammissibilità degli *e. d.*, ritenendo appunto che il valore delle informazioni sperate eccedesse la misura del danno inflitto. Soluzione analoga in due recentissime ipotesi di conflitto fra *landlord* e *tenant*: *Mafo* v. *Adams*, 1970 1 Q. B. 548 (C. A.) e *Mc. Cready* v. *Raum*, 1970, in Mc GREGOR, *op. ult. cit.*, p. 226. La rilevanza dell'elemento psicologico è comunque forse ancora più marcata sul terreno in cui più spesso quel principio si è applicato, ossia nel *libel*, che pur non è per se stesso un *tort* esclusivo di *malice*: se è vero infatti che « one man should not be allowed to sell another man's reputation for profit » (ancora *Rookes* v. *Barnard*, 1227), occorre tener presente che « in a newspaper everything published is normally published with a view of profit » (JOLOWICZ, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 252; ma anche ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 433); ecco allora anche i *punitive damages* devono qui poter essere concessi soltanto se l'editore « quite deliberately publishes a statement which it either knows to be false or which it publishes recklessly, careless whether it be true or false, and on the calculated basis that any damages likely to be paid as a result of litigation will be less than the profit which the publication of the matter will give » (così Widgery J. in *Manson* v. *Associated Newspapers Ltd.*, 1965 1 W. L. R. 1038, 1041; in senso analogo i richiami offerti da ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 1038 e WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 17).

[145] Cfr. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., pp. 109-110; LUMINOSO, *La tutela aquiliana*, cit., p. 341, nota 48.

Più incerta la possibilità di fondarsi sull'art. 185 cod. pen., che non soltanto si limita a parlare di « restituzioni », ma attua anche un esplicito rinvio alle « norme civili ». L'arricchimento è invece sicuramente dovuto dal gestore al *dominus*, ma senza necessità che il primo fosse in malafede (art. 2032 cod. civ.); la differenza secondo il grado della colpevolezza resta dunque confinata al risarcimento del danno, come può ammettersi senza troppo sforzo

Non vale, in questa sede, domandarsi se la norma citata faccia storia a parte, o non sia invece l'espressione di una regola più vasta, per la quale chi ha usurpato coscientemente una posizione altrui sarebbe *sempre* obbligato a rimettere al titolare gli utili incamerati [146]. Quand'anche fosse affermativa, la risposta non potrebbe addursi a riprova del carattere sanzionatorio della responsabilità, visto che non sarebbe l'azione di danni a consentire il raggiungimento di quel risultato [147]. Certo è, comunque, che l'art. 1148 costituirà un riferimento inevitabile per chi intenda dimostrare che un profilo repressivo contrassegna tutti i mezzi civilistici esperibili soltanto innanzi al dolo [148].

12. Vi sono poi altri aspetti originali, nell'area del dolo, che valgono ancor più a differenziarla rispetto al territorio della colpa; ed è un'identità tanto più netta rispetto ai vari simboli pensati solo o soprattutto per il rischio, e usi a presentarsi quali immagini dell'istituto aquiliano nel suo insieme.

Così, già per la parte in cui il diritto figura tributario alla morale. Non si vuol certo dire, come un tempo [149], che siano i dettami

---

attraverso l'interpretazione dell'art. 2030, 2° comma (e per l'indicazione delle voci su cui il dolo eserciterà un particolare rilievo, KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 480).

Merita seguito infine l'opinione che, partendo anche dall'art. 2038, 2° comma, interpreta restrittivamente il 3° comma dell'art. 1147, ed esclude l'applicabilità della regola « malafides superveniens non nocet » al di fuori della materia dei frutti (per qualche spunto SCRIBANO, *Trattato della malafede*, cit., p. 239; GORPHE, *op. cit.*, p. 138); i risultati ottenuti in questo modo — per il caso di distruzione, alienazione etc. della cosa posseduta o usurpata — possono non interessare dal punto di vista dell'arricchimento, ma ai fini del risarcimento del danno, ogniqualvolta tale danno sia superiore al valore o al corrispettivo, testimonano efficacemente della differente portata che il motivo sanzionatorio assume rispettivamente nelle ipotesi di dolo o di colpa.

[146] SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 468. È questo anche l'auspicio di Hans STOLL, *Penal purposes*, cit., p. 20. Più incerto SENA, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 32 ss.

[147] Così O. v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 85.

[148] È l'opinione, ad esempio, di L. HUGUENEY, *Note*, in *Srey*, 1923, I, p. 81 ss. e di G. RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 289. Si vedano anche GORPHE, *op. cit.*, p. 18 ss. e p. 45; DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto*, cit., p. 131; per qualche spunto, H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 167.

[149] RIVIÈRE, *Du principe de l'imputabilité civile*, in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1846, p. 305; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 444 (« .. l'exercice de nos droits doit toujours être limité par les principes divins de la charité qui nous

di quest'ultima a giustificare la condanna di chi opera volendo fare il male: il dolo è efficace quale titolo perché così ha disposto il legislatore [150], e tale qualità neppur significa che ogni precetto etico o sentimentale potrà aver corso nella responsabilità [151]; del resto, anche nell'ambito affidato agli altri criteri di imputazione, non vi è una divergenza sistematica fra le risposte dei due ordinamenti [152]. È indub-

commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, et de leur procurer même tout le bien que nous pouvons sans nous nuire personnellement »); BENOIST, *De la responsabilité civile*, cit., p. 84; per qualche aspetto, THON, *Norma giuridica*, cit., p. 32; CHARMONT, *L'abus du droit*, cit., p. 121; SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, cit., pp. 23-24; MESTRE, *Morale et obligation civile*, cit., p. 51 ss. E più recentemente, ROUAST, *Les droits discrétionnaires*, cit., p. 8 s.; STARCK, *Essai*, cit., p. 354; QUAGLIARIELLO, *op. cit.*, p. 42; RODIÈRE, *La responsabilité civile*, cit., p. 71; DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 293 ss.

In senso critico, con diversi accenti, ROGUIN, *La règle du droit*, Lausanne, 1889, p. 106; WILLEMS, *Essai*, cit., p. 6; TEISSEIRE, *op. cit.*, p. 177; BRUNETTI, *op. cit.*, p. 19 ss. e p. 126; MÉNARD, *Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation*, Paris, 1926, p. 121; P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 364; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 425; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 32; CARRARO, *Valore attuale*, cit., p. 785; LUNDSTEDT, *Legal thinking revised*, cit., p. 53 s.; COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1957, p. 630; HART e HONORÉ, *op. cit.*, p. 62; WELZEL, *Das Gesinnungsmoment im Recht*, in *Festschrift Julius v. Gierke*, Berlin, 1950, p. 290 ss.; Gl. WILLIAMS, *The concept of legal liability*, in *Col. law rev.*, 1956, p. 1129 ss., 1149-1150; RODOTÀ, *op. ult. cit.*, pp. 69-70 e p. 170, testo e nota 100; TUNC, *Préface* a Viney, op. cit., p. II; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 17; PUECH, *op. cit.*, p. 42 ss.; CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 617; Ernst WOLF, *Allg. Teil*, cit., p. 183; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, tr. it. a cura di Bendixen e Lucchini, Milano, 1972, soprattutto il primo, secondo, quarto e sesto saggio; R. MARTIN, *De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 52 ss., 57.

[150] Ancora attuali i rilievi di M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 451.

[151] Cfr. JOATTON, *Essai critique*, cit., p. 23; WINFIELD, *Ethics in english case law*, in *Harv. law rev.*, 1931-32, p. 112 ss., 127; RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 12; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 199; BRASIELLO, *I limiti*, cit., p. 197; Mc NIECE e THORNTON, *Affirmative duties*, cit., p. 1287 s.; HART e HONORÉ, *op. cit.*, p. 272; ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 39 ss.

[152] Osserva STARCK che « la théorie du risque a justement été défendue au nom de l'équité, de la solidarité et de la justice, et ce sont là des idées morales sans aucune contestation possible » (*Essai*, cit., p. 31; ID., *Responsabilité du contractant envers les tiers*, cit., p. 65); e si veda, infatti, N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 207. Ancor recentemente, HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 753 (« The conclusion... is not that the fault basis

bio, tuttavia, che la coscienza non viene seriamente messa in causa da un danno accaduto per incuria [153], o fuori di ogni attesa ragionevole [154], e spesso si dimostra indifferente al fatto che ad esserne gra-

should be perpetuated without regard to morals, but rather that other and broader moral considerations call for an entirely different system of liability... ») e p. 755, nota 2 (« ... there should be a shift in the direction of emphasizing social as against individual morality »). Per quanto concerne la colpa, in particolare, LARENZ, *Lehrbuch*, I, cit., p. 106; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 70 (« Damit enthält das Verschulden einen ethischen Vorwurf gegenüber dem Verantwortlichen, dass er seinen Willen nicht gewissenhaft genug gemäss seiner Pflicht bestimmt habe »). Cfr. ancora, riguardo all'uno o all'altro dei due campi, AMES, *Law and morals*, cit., p. 99; MARTEAU, *op. cit.*, pp. 17-18; v. TUHR, *op. ult. cit.*, I, p. 90; DE HARVEN, *op. ult. cit.*, pp. 270-271; LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., pp. 44-46 ss.; ID., *Allg. Schuldrecht*, cit., p. 425; ISAACS, *Fault and liability*, cit., p. 978; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 202; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 36 ss. (ove un'accurata analisi del linguaggio della giurisprudenza francese); G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 182; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, pp. 332-333; GUHL, *op. cit.*, p. 148; JAMES, *Damages in accident cases*, cit., p. 584; BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 815, nota 8; POUND, *Causation*, in *Yale law journ.*, 1957-58, p. 1 ss., 6; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 462; FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, cit., p. 1386; DALCQ, *op. cit.*, I, p. 106; DRESTLER, *Haftungsbegrenzung*, cit., p. 106 e p. 132; COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, Paris, 1969, p. 57; TUNC, *Tort law and the moral law*, cit., p. 250 ss.; CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., p. 387 ss.

[153] Cfr. GENY, *Risques et responsabilité*, cit., p. 839; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 119; Alb. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., in tutta la prima parte dell'opera; SEAVEY, *Negligence*, cit., p. 27; ID., *Speculations as to « Respondeat superior »*, in *Harvard legal essays*, p. 433 ss., 442; ID., *Cogitations on torts*, cit., p. 6; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, II, p. 221; DELYANNIS, *op. cit.*, pp. 54-55 (« ... le point de vue de certains auteurs, selon lesquels ' il y a transgression d'une règle morale même quand l'acte constitue une maladresse ou une négligence ' ne peut pas être complètement exact. La Justice et même la Morale n'exigent pas qu'on soit attentif et précautionneux à l'égard des biens inférieurs ou égaux à ceux que l'on porsuit légitimement »); HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 745; OFTINGER, *op. ult. cit.*, p. 26; PROSSER, *op. cit.*, p. 18 e p. 149; MILLNER, *op. cit.*, *Introduction*, p. 4; FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., p. 529; ID., *Principles*, cit., p. 27; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 54; R. TAYLOR, *Law and morality*, in *N. Y. U. L. R.*, 1968, p. 611 ss., 624; ISON, *op. cit.*, p. 9; ATIYAH, *op. ult. cit.*, p. 14; HADDEN, *Contract, tort and crime*, cit., p. 252; Eike SCHMIDT, *op. cit.*, p. 513; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 227; FLETCHER, *Fairness and utility*, cit., p. 560.

[154] SALEILLES, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 54; AMES, *op. ult. cit.*, p. 109; *Restatement of torts*, I, cit., p. 11; J. HALL,

vata risulti poi l'una o l'altra parte [155]; col dolo, invece, appare già più rara l'ipotesi di quella sfasatura [156], assai più inconfondibile è il verdetto che rende il « tribunale dello spirito » e ben più consistente il suo rilievo fra le motivazioni del giudizio [157]: ed è anzi tale spinta a favorire l'erodersi continuo di quel limbo in cui l'autore è immune da sanzioni [158].

Interrelations, cit., p. 971; RODIÈRE, *op. cit.*, p. 38; MARTY, *L'expérience française*, cit., p. 178; MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 325; POUND, *Some thoughts about comparative law*, in *Festschrift Rabel*, cit., p. 12; SAVATIER, *Les métamorphoses*, cit., p. 353; HART, *Varieties of responsibility*, in *Law quart. rev.*, 1967, p. 346 ss., 356; RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 651; *Hart, Austin, and the concept of a legal system: the primacy of sanctions*, in *Yale law journ.*, 1975, p. 584 ss., 598.

[155] TEISSEIRE, *Essai*, cit., p. 3 ss.; GIORGI, *Obbligazioni*, V, cit., p. 240, in nota; ORLANDO CASCIO, *op. cit.*, p. 12; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 199 ss. (il quale, riferendosi alla responsabilità senza colpa, dopo aver ammonito a non credere « que, dans l'élaboration de cette théorie nouvelle, les esprits n'aient pas été guidés par les plus hautes considérations morales », conclude che « si la théorie du risque n'a pu acquérir la force juridique que l'on demandait pour elle, c'est qu'elle enlève à la responsabilité civile l'élément moral dont ce principe tire sa force et qui commande sa limitation »); KEETON, *Conditional fault*, cit., p. 425 s.; ID., *Trespass, nuisance and strict liability*, cit., p. 461; POUND, *The problem of the exploding bottle*, cit., p. 185; JAMES e DICKINSON, *Accident proneness*, cit., pp. 777-778; QUAGLIARIELLO, *op. cit.*, p. 51; LARENZ, *Lehrbuch*, II, cit., pp. 325-326; JOLOWICZ, *Liability for accidents*, cit., p. 57; PENNEAU, *op. cit.*, p. 31 s.; ALPA, *op. cit.*, p. 296 s., 379 s.

[156] POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 8; SAVATIER, *Des effets et de la sanction*, cit., p. 37; ID., *Traité*, I, cit., p. 37; JOSSERAND, *Les mobiles*, cit., p. 229 ss.; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., pp. 364-365; STARCK, *Essai*, cit., p. 70; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 786.

[157] Così, in particolare, REGELSBERGER, *Pandekten*, cit., p. 537, nota 4; WEYL, *Das « Verschulden »*, cit., p. 134; PLANIOL, *op. cit.*, II, p. 285; M. ROTONDI, *L'abuso*, cit., p. 420; DEMOGUE, *op. cit.*, 1, III, p. 411; GORPHE, *op. cit.*, p. 101 e p. 241; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 507 ss.; G. RIPERT, *Abus et relativité des droits*, cit., p. 50 e p. 62; PACCHIONI, *Qui suo iure utitur*, cit., p. 374; SAVATIER, *Du droit civil*, cit., p. 104; DABIN, *op. cit.*, p. 297; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, p. 366; GINOSSAR, *Liberté contractuelle*, cit., p. 91 ss.; GIAMPICCOLO, *La buona fede*, cit., p. 338; DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 80; ID., *Problemi e tendenze attuali*, cit., p. 103; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 577; MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., p. 37; LUPOI, *op. cit.*, p. 591; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution*, cit., p. 521; CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 368 e p. 371.

[158] Cfr. gli autori citati *retro*, cap. IV, nota 49; oppure, CESAREO CONSOLO, *op. cit.*, p. 22 ss.; MORRIS, *Liability for pain and suffering*, cit., p. 478; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 181.

Non meno singolare è poi l'incontro, possibile con l'*animus nocendi*, fra diritto civile e criminale: incontro il quale mostra di prodursi non tanto per la carica afflittiva che prende la chiamata a risarcire, ma proprio perché è molto più frequente che, mentre cagiona un danno ingiusto, il fatto si traduca qui in reato [159]; il che, poi, vuole dire che il processo è spesso destinato ad esser unico, ossia che sarà il giudice penale a conoscere l'azione *ex lege Aquilia* [160].

È vero che ciò non accade sempre, e che anche quest'ultima sentenza si limita talvolta a definire il punto dell'*an respondeatur*: ma è già così più tenue l'obiezione fondata sul timore che la vittima, coi soli mezzi di cui può disporre, non superi lo scoglio probatorio [161]; a parte che rimangono pur scossi, almeno per quest'orbita specifica, i miti di un distacco irreversibile fra tecniche e culture dei due campi [162].

---

[159] Si questo punto, PLANIOL, *op. cit.*, II, p. 262; BRUGI, *Il delitto civile*, cit., p. 356; POLLOCK, *op. cit.*, p. 9; BOHLEN, *Contributory negligence*, cit., p. 235, nota 2 e p. 255; Van RYN, *Responsabilité aquilienne*, cit., p. 193; GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 59; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 178; STARCK, *op. cit.*, p. 359 e pp. 379-384; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, p. 347; HADDEN, *op. cit.*, pp. 258-259; MOLITOR, *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 182; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, III, cit., p. 55.

[160] Come s'è detto, non manca di seguaci l'opinione secondo cui un'azione ex art. 1218 cod. civ. — laddove venga intentata, in sede penale, contro il debitore il cui inadempimento configuri un reato (ad es., appropriazione indebita) — assumerebbe per ciò stesso il titolo extracontrattuale (*retro*, in questo capitolo, nota 56; e comunque LUPOI, *op. cit.*, p. 531). Ciò non esclude però in linea di principio che, entro i limiti del giudicato penale, quel danno possa esser fatto valere successivamente in sede civile con l'azione da inadempimento (per tutte, Cass. 7 agosto 1962, n. 2441, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 845).

[161] Così, esplicitamente, GIORGI, *op. cit.*, V, p. 385; e già NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 184. Si veda poi il *Restatement of torts*, IV, cit., § 949, comment *b*, p. 764. Di recente, GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., p. 116; ARZT, *Zur Bekämpfung der Vermögensdelikte mit zivilrechtlichen Mitteln - Der Ladendiebstahl als Biespiel*, in *JuS*, 1974, p. 693 ss., 696.

[162] Su questo distacco, soprattutto J. HALL, *Interrelations*, cit., p. 775 e p. 975 ss.; RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 56-58; DEUTSCH, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 216; FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 239 ss.; COMPORTI, *op. cit.*, p. 42; ERMAN, in ERMAN, *op. cit.*, p. 552; REHFELDT, *op. cit.*, pp. 222-224; GSCHNITZER, *op. cit.*, p. 150; SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, § 276, Bem. 8; CARBONE, *op. cit.*, p. 127; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 269.

Diversamente, MÜNZBERG, *op. cit.*, pp. 74-75, testo e nota 149; Hans STOLL, *Recensione* a Jürgen Schmidt, Schadensersatz und Strafe, Frankfurt a.M., 1973, in *AcP*, 1974, p. 562; ID., in *Festschrift für M. Rheinstein*, cit., p. 590; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme*, cit., p. 124; ID., *La concezione analitica*, cit., p. 509; De JUGLART, *op. cit.*, II, p. 203; FORCHIELLI, *Recensione*

Non trova qui d'altronde applicazione l'idea secondo cui il risarcimento, attuando un passaggio di ricchezza, verrebbe in qualche modo a temperare gli squilibri esistenti fra i consociati [163]; né l'obbligo può mai avere il compito, che altrove gli viene attribuito, di ridistribuire il pregiudizio fra i vari partecipi allo scontro [164], o riversarlo

a Pettoello-Mantovani, Responsabilità per fatto altrui, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 521 ss., 523; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 1 e p. 17 (che denuncia efficacemente la superficialità dell'opinione secondo cui il diritto penale guarderebbe solo a comportamenti, il diritto civile soltanto ad eventi: v. peraltro, *ivi*, p. 50); ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 125 ss. Ancora attuali le considerazioni di ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 146 ss.; lo stesso non può dirsi per certe affermazioni di PLANIOL, *op. cit.*, II, p. 262 (« ... la différence n'est alors que dans les mots et les qualifications »); mentre hanno appena il valore di una curiosità storica simmetrie come quelle di KIERULFF, *op. cit.*, I, p. 229. Si vedano ancora, sia pur con accenti o conclusioni non sempre accettabili, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 128; P. HUGUENEY, *Tiers complice*, cit., pp. 258-259; v. TUHR, *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, cit., II, 2, p. 456; LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, cit., pp. 49-50; ZITELMANN, *Ausschluss*, cit., p. 11 ss.; DE HARVEN, *op. ult. cit.*, p. 260; N. STOLFI, *Le obbligazioni*, cit., p. 247; Alb. EHRENZWEIG, *op. cit.*, p. 11; DEREUX, *De la réparation*, cit., pp. 162-163; LOBE, *Der Einfluss des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht*, in *Festgabe R. Frank*, cit., p. 33 ss.; SEAVEY, *Cogitations*, cit., p. 3; CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 14 ss.; HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 344. Il contatto fra i due diritti è particolarmente avvertibile in quelle ipotesi in cui il risarcimento del danno è condizionato all'accertamento penale del reato; ad esempio, per la responsabilità dell'imprenditore, in relazione all'infortunio del dipendente, o dell'esercente di un impianto nucleare, o per l'autore di un falso giuramento (art. 2738, cod. civ.). V. anche HELLNER, *La nouvelle loi suédoise*, cit., p. 688.

[163] Idea difesa spesso dagli autori — ad esempio, CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, cit., p. 627; BARASSI, *La teoria generale*, II, cit., p. 425 — anche se « l'affermazione che il nostro sistema è ispirato a un ideale di giustizia distributiva... è in realtà imprecisa ed equivoca » (RODOTÀ, *op. cit.*, p. 55, nota 36; v. anche PAULSEN, *Eight cases*, cit., p. 885). È nota la correlazione fra *Gefährdungshaftung* e *iustitia distributiva* introdotta da Esser: ma non sono appunto rari i tentativi di elevare quest'ultima a fondamento di ogni settore della responsabilità extracontrattuale (in particolare, MARTON, *Versuch*, cit., p. 35 ss.; v. lo stesso ESSER, *Grundfragen*, cit., p. 141; e, più decisamente, REINHARDT, *Beiträge*, cit., p. 180).

[164] STEINBACH, *Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz vom Vermögensschaden*, cit., p. 75; GENY, *op. ult. cit.*, p. 817 ss.; DERNBURG, *Das bürg. Recht*, II, 1, cit., p. 66; MATAJA, *op. cit.*, p. 27; M. RÜMELIN, *op. ult. cit.*, p. 20; DEMOGUE, *op. cit.*, 1, III, p. 468; COING, *Bemerkungen*, cit., p. 36; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 9; CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., p. 335 ss.; HEPPLE, *Recensione* a Calabresi, cit., p. 351; MERTENS-REEB, *Grundfälle*, cit., 1972, p. 37; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 36.

sulla collettività [165]. Quest'ultima non ha ragione alcuna per dover

[165] Ogni citazione è forse superflua, almeno per la Francia e per gli Stati Uniti, dove nessun altro tema ha attirato tanta attenzione fra gli studiosi del danno degli ultimi decenni. Si vedano, ad ogni modo, STEFANI, *De l'assurance des fautes*, Paris, 1923; DENAVE, *Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance*, Lyon, 1935; DE HARVEN, *op. cit.*, p. 277 ss.; DEMOGUE, *Traité*, 1, III, cit., p. 470; MIGNON, *La socialisation des risques*, in *Dalloz*, 1947, *Chr.*, p. 37; STARCK, *Essai*, cit., p. 482 ss.; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 402; ID., *Liability in French for damages caused by motor vehicle accidents*, in *Am. journ. comp. law*, 1953, p. 156 ss., 165; LAVIGNE, *Risque social et charges sociales*, in *Dalloz*, 1948, *Chr.*, p. 89; RODIÈRE, *op. cit.*, *Préface*, p. 3; ID., in *Rev. int. droit comp.*, 1959, cit., p. 514 ss.; SAVATIER, in svariate occasioni, ad esempio *Du droit civil*, cit., p. 107 ss. e p. 171 ss.; ID., *Les métamorphoses*, cit., p. 343 ss.; ID., *Traité*, I, cit., p. 3; contro certe proposte o profezie di quest'ultimo, H. MAZEAUD, *Défense du droit privé*, in *Dalloz*, 1946, *Chr.*, p. 17 ss.; recentemente, TUNC, *Préface* a Viney, op. cit., p. II; ID., *Responsabilité, assurance et solidarité sociale*, cit., p. 57 ss.; HONORAT, *op. cit.*, p. 213 ss.; OVERSTAKE, *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1972, p. 517; ancora TUNC, *Les problèmes contemporains*, cit., p. 771; MARTY, *La responsabilité en question*, cit., p. 79 s. E dall'altro lato, per tutti, JAMES, *Contribution among joint tortfeasors: a paradigmatic criticism*, in *Harv. law rev.*, 1941, p. 1156; MORRIS, in *Col. law rev.*, 1959, cit., p. 479; CALABRESI, *Does the fault system optimally control primary accident costs?*, in *Law & contemp. problems*, 1968, p. 429 ss.; J. HALL, in *Col. law rev.*, 1943, cit., p. 984; ancora JAMES, in *Cornell law quart.*, 1955-56, p. 584; PROSSER, *The fall of the citadell* (*Strict liability to the consumer*), in *Minn. law rev.*, 1966, p. 791, ss.; HADDEN, *op. ult. cit.*, p. 253 ss.; HARPER e JAMES, *op. cit.*, II, p. 765; BLUM e KALVEN, *The empty cabinet of Dr. Calabresi: auto accidents and general deterrence*, in *Un. of. Chi. law rev.*, 1966-67, p. 239 ss.; WEAVER, *Allocations of risk in products liability cases*, in *Virg. law rev.*, 1966, p. 1028 ss.; GREGORY, *Loss distribution in torts*, *ivi*, 1959, p. 63 ss.; FRANKLIN, *Replacing the negligence lottery*, cit., p. 782; WHINCUP, *Product liability and the automobile in american law*, in *Journ. of busin. law*, 1973, p. 287 ss., 301; FIERMAN, *Assumption of products liability in corporate acquisitions*, in *Boston Un. law rev.*, 1975, p. 86 ss ; GREGORY e KALVEN, *op. cit.*, p. 695 ss.; FLETCHER, *op. cit.*, p. 539 ss. Nella nostra letteratura, ma in termini assai meno diffusi, COZZI, *op. cit.*, p. 432, nota 3; BARASSI, *op. ult. cit.*, II, p. 427; e già N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 202; recentemente soprattutto TRIMARCHI, anch'egli in più occasioni, e ad esempio *Illecito*, cit., p. 92; per qualche accenno, BRASIELLO, *op. cit.*, pp. 24-25; QUAGLIARIELLO, *op. cit.*, p. 122 ss.; RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 36 ss.; COMPORTI, *op. cit.*, p. 25; BRANCA, *Profili storici*, cit., p. 44; TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 25 e p. 60; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 396; RESCIGNO, *Manuale*, cit., pp. 641-642; ALPA, *op. cit.*, p. 299 ss. In Germania e in Svizzera l'interesse per questi problemi, almeno in passato, è stato complessivamente modesto: si vedano comunque ESSER, *Grundfragen*, cit., p. 130; OECHSLIN, *Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik*, Bern, 1951,

subire le conseguenze di una collisione intenzionale [166]: e se di fatto non ne è sempre indenne, è almeno difesa formalmente dall'assenza della possibilità dell'assicurazione, col relativo disperdersi del danno sui premi di tutti i contraenti [167].

Né si ha una divisione fra le parti, dal momento che ogni quota negativa, per quanto il diritto può permettere, vien fatta rimbalzare nella responsabilità di chi ha operato volontariamente. Lo stesso giudizio di equità finisce per assumere un carattere diverso da quello generale: essendo cioè non più la falsariga su cui ricostruire qualche punto intorno a cui la prova è stata vaga [168], ma proprio lo strumento per spostare i rischi di ogni incerto sull'autore [169].

Non valgono qui infine gli argomenti dai quali il dovere di non

---

p. 201 ss.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 7ª ed., München-Berlin, I, 1958, p. 281; GROSSFELD, *op. cit.*, p. 76 ss.; DEUTSCH, *Die Zwecke*, cit., p. 245; Eike v. HIPPEL, in *NJW*, 1967, cit., p. 1736; GITTER e SCHNAPP, in *JZ*, 1972, cit., p 478; LORENZ, in *RabelsZ.*, 1970, p. 14 ss.; WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 821 ss.; J. SCHMIDT, *Verursacherprinzip und Sozialkosten*, in *AcP*, 1975, p. 222 ss.; HELDRICH, *Compensating non-economic losses*, cit., p. 25 e pp. 29-30; OFTINGER, *op. cit.*, p. 30 ss. Sul punto anche MILLNER, *op. cit.*, p. 22; FLEMING, *op. cit.*, p. 181 ss.; ATIYAH, *Vicarious liability*, cit., p. 14 e p. 27; EÖRSI, *Correlation between liability and insurance*, cit., p. 95; JØRGENSEN, *The decline and fall*, cit., p. 49 ss.; GOMARD, *Compensation for automobile accidents in the nordic countries*, in *Am. journ. of comp. law*, 1970, p. 80 ss.

[166] Così come non ha motivo per dover risentire le conseguenze di un danno cui la vittima si sia esposta intenzionalmente; cfr. HONORAT, *op. cit.*, p. 230.

Nel senso del testo, SAVATIER, *Les métamorphoses*, cit., p. 349; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel*, cit., p. 502; DEUTSCH, *Die Zwecke*, cit., p. 245. Anche ammettendo come più opportuna la soluzione che, volendo tener conto dell'interesse della vittima, riconosce in prospettiva l'efficacia del patto assicurativo anche per il caso di dolo, la collettività è teoricamente difesa dal fatto che il regresso nei confronti dell'agente sarà qui sempre consentito (cfr. pure WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 824).

[167] SAVATIER, *Du droit civil*, cit., p. 167; JOLOWICZ, *Liability for accidents*, cit., p. 58; RÖHL, in *JZ*, 1974, cit., p. 522.

[168] PUGLIATTI, *La limitazione della responsabilità civile*, cit., p. 79; RAVAZZONI, *La riparazione*, cit., p. 141; ESSER, *Wandlungen von Billigkeit*, cit., p. 27 e p. 31; DE CUPIS, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Assicurazioni*, 1972, p. 212 ss., 219; ID., *Il problema giuridico*, cit., p. 526; RODOTÀ, *Quale equità?*, cit., p. 36.

[169] DEUTSCH, *Die Zwecke*, cit., p. 248. Si vedano pure BECKER, *op. cit.*, p. 240; TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 506 e p. 508; TORREGROSSA, *op. cit.*, p. 150; BIANCA, *op. cit.*, p. 322, nota 3.

nuocere, inteso come autonomo precetto [170], si vede così spesso posto in dubbio [171] per gli ambiti del rischio [172] e della colpa [173]: non quelli

---

[170] Così lo intendono, in particolare, BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 811; BOUILLENNE, *op. cit.*, p. 16; SAVATIER, *op. ult. cit.*, p. 103; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 380 s.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *op. cit.*, II, p. 324. Fra i nostri autori, soprattutto N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 197; BAUDANA VACCOLINI, *op. cit.*, III, 2, p. 767; GIORGI, *op. cit.*, V, p. 214; COPPA ZUCCARI, *op. cit.*, p. 72; SIMONETTI, *op. cit.*, p. 11; SCRIBANO, *op. cit.*, p. 376; A. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., p. 50 ss.; VENZI, *Note* a Pacifici Mazzoni, cit., IV, 1, p. 353; F. LEONE, *op. cit.*, p. 616; ASQUINI, *La responsabilità del vettore*, cit., p. 87; VERGA, *Errore e responsabilità*, cit., p. 305; DI BLASI, *op. cit.*, p. 767; BUTERA, *Commentario*, cit., *sub* art. 2043, p. 559; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 25; QUAGLIARIELLO, *op. cit.*, p. 10; BONASI BENUCCI, *op. cit.*, p. 4; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 293; ALESSI, *La responsabilità della P. A.*, cit., p. 5, nota 7; GAUDENZI, *op. cit.*, p. 781. Si vedano ancora BORSARI, *op. cit.*, III, 2, p. 334; COZZI, *op. cit.*, p. 432; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 338; PACCHIONI, *Dei delitti*, cit., p. 160; ID., *Obbligazioni e contratti*, cit., p. 157; ORLANDO CASCIO, *op. cit.*, p. 21; POLLOCK, *op. cit.*, p. 1; F. VASSALLI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 435; BARASSI, *op. ult. cit.*, II, p. 437; COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts*, Heidelberg, 1947, pp. 29-30; BARBERO, *Sistema*, II, cit., p. 812, nota 1 e p. 834; Hans STOLL, in *JZ*, 1958, cit., p. 139; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, cit., pp. 18-19; REHFELDT, *op. cit.*, p. 92 e p. 213; BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 89 e p. 150; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 127; DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen*, cit., p. 158; ID., *Gefahr, Gefährdung, Gefährerordnung*, cit., p. 904; PENNEAU, *op. cit.*, p. 24 e p. 39; CRISCUOLI, *Il dovere di mitigare*, cit., p. 567; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 12 e p. 21; SALMOND, *op. cit.*, p. 15; MERTENS-REEB, in *JuS*, 1971, cit., p. 409. Nella nostra giurisprudenza, tra le ultime pronunce, Cass. 23 luglio 1973, n. 2517, in *Arch. resp. civ.*, 1974, p. 96; Cass. sez. un., 13 luglio 1972, n. 2351, *ivi*, p. 24; Cass. 17 agosto 1973, n. 2355, *ivi*, p. 192; Cass. 23 agosto 1973, n. 2378, *ivi*, p. 192.

Negava l'autonomia del *neminem laedere* — da intendersi soltanto come « sintesi di tutti i doveri specifici, imposti a ciascuno verso gli altri » — CARNELUTTI, *Sulla distinzione*, cit., p. 744; e, sulla sua scia, FEDELE, *op. cit.*, p. 132; MENGONI, *Obbligazioni di « risultato »*, cit., p. 60; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 160; Salv. ROMANO, *Il trasporto di cortesia*, cit., pp. 492-493; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., pp. 534-535; V. GIORGIANNI, *L'abuso*, cit., p. 113, testo e nota 5. Si vedano gli stessi DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 66 e BONASI BENUCCI, *Atto illecito*, cit., p. 568. In senso critico, però, MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 542; e cfr. SCHLESINGER, *La « ingiustizia »*, cit., p. 344.

[171] Ad esempio, REGELSBERGER, *Pandekten*, cit., p. 230; LÉVY, *L'exercice du droit collectif*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1903, p. 95; POLACCO, *op. ult. cit.*, p. 393 ss.; WINFIELD, *Duty in tortious negligence*, in *Col. law rev.*, 1934, pp. 48-49; RABEL, *Le vicende*, II, cit., p. 466; RUBINO, *La fattispecie*, cit.,

imperniati sul rilievo del parallelismo inevitabile delle attività umane,

---

p. 180, nota 2; CASETTA, *op. cit.*, p. 30; RODIÈRE, *op. cit.*, p. 31; IANNUZZI, *Contributo*, cit., pp. 67-68; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, VI, 1, p. 690; MAIORCA, *op. cit.*, p. 541 (che parla di « una formula di comodo »); SACCO, *op. cit.*, c. 1433; SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., p. 171; ID., *Interessi legittimi*, *cit.*, p. 57; ID., *Risarcimento del danno*, cit., p. 9; COMPORTI, *op. cit.*, p. 35 ss.; LUPOI, *op. cit.*, p. 518; CARBONE, *op. cit.*, pp. 181-191; TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 30; VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 3; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 284; RUFFOLO, *Atti emula-tivi*, cit., pp. 22-23; M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 353; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 67 ss.; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 83.

È nota la posizione di PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, cit., p. 69, il quale rileva come l'*a. n. l.* faccia parte di quei *praecepta* i quali « circolando costantemente per secoli nell'ambiente che vide sorgere e svolgersi il diritto romano, il diritto comune e il diritto canonico » sono « portatori di una tra-dizione che non può essere totalmente svalutata, soltanto per motivi di ordine tecnico ». Nello stesso ordine di idee, DI MAJO GIAQUINTO, *Profili*, cit., p. 110, nota 231; BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 70; GALOPPINI, *Appunti*, cit., p. 22, testo e nota 52; M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 361.

Un atteggiamento favorevole al riconoscimento di quel principio, sia pur in termini più meditati rispetto alla tradizione, si ritrova in SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 342 ss. Per la sostituzione del riferimento all'*alterum non laedere* con quello della solidarietà, RODOTÀ, *op. cit.*, p. 89 ss. Il passaggio non è apparso significativo a qualche autore, fra cui BARATTA, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 37 ss.; GALOPPINI, *op. cit.*, p. 20, nota 40; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 89, nota 66. In senso ostile alla solidarietà, DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 78, nota 49. Si vedano, ad ogni modo, P. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 293; TUCCI, *Responsabilità civile*, cit., p. 451; nell'ambiente franco-belga, per tutti, DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., 272, cui si rimanda per i richiami a una tradizione assai cospicua. Da ultimo ZICCARDI, *op. cit.*, p. 213 ss.

[172] FRIEDMANN, *Law in a changing society*, London, 1959, p. 126 e p. 162 ss.; v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., pp. 487-488; RODOTÀ, *op. cit.*, p. 51 (soprattutto con riferimento a « quei casi in cui un danno deve neces-sariamente accadere »); PROSSER, *Handbook*, cit., p. 143 ss., 541 ss., 672 ss.; TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito*, cit., p. 253; CARBONE, *op. cit.*, p. 65, p. 144 e p. 157; BOBBIO, voce « *Sanzione* », cit., p. 535, nota 2; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 475.

[173] Soprattutto CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 160 ss.; LAWSON, *The duty of care in Negligence*, in *Tulane law rev.*, 1947, p. 111 ss.; TORREGROSSA, *op. cit.*, p. 31 ss.; MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 541. V. ancora RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 110-111; RUBINO, *op. cit.*, p. 211; DI PRISCO, *op. cit.*, p. 283 ss. (che ammette comun-que — p. 328 — l'esistenza di un dovere di diligenza); PUECH, *op. cit.*, p. 53; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 47; SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 342, nota 18, il quale pre-cisa però che altro è respingere l'equazione fra *neminem laedere* e dovere di dili-genza — dovere che non può mai essere autonomo — altro sarebbe rifiutare un principio « costruito in relazione agli eventi che il singolo è tenuto ad evitare

e volti a denunciare l'astrattezza di un dato inconsapevole o dimentico che ognuno vive a spese del suo prossimo [174]; né gli altri relativi all'artificiosità di un comando il quale dovrebbe apparire violato, e comunque ritenersi operante, anche quando non è stato concretamente percepito dall'autore [175]. Può darsi che l'*alterum non laedere* rimanga talvolta passivo seppur disatteso con dolo [176]; ma questo non appanna l'evidenza con cui esso dimostra di dar conto del sorgere e della presenza della responsabilità là dove la sua trasgressione è rilevante [177]. Né ciò vale solo in quei casi in cui il rispetto della cosa poteva

---

se non vuole incorrere nelle c. d. conseguenze sanzionatorie ». In quest'ultimo senso, cfr. pure CROUZEL, *op. cit.*, 1922, p. 257; FALZEA, *L'offerta reale*, cit., p. 69; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, cit., p. 49; OFTINGER, *op. cit.*, p. 112, testo e nota 14; v. BÜREN, *op. cit.*, p. 60; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 39; ESSER, *Schuldrecht*, cit., I, p. 57 e II, p. 396.

[174] TERRY, *Negligence*, cit., p. 41; MARTEAU, *op. cit.*, p. 16 ss. e p. 107; WAHL, *Grundfragen*, cit., p. 24; DEIANA, *La tutela del locatario*, cit., p. 30; STARCK, *op. cit.*, p. 20; SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 49; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 427; ESSER, *Realität und Ideologie der Rechtssicherheit*, cit., p. 13; WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 63 (« Jedermann handelt auf *fremde* Gefahr, solange er Anforderungen, die im Verkehr an sein Handeln zu stellen sind, genügt »); DE JUGLART, *op. cit.*, II, p. 210; SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., p. 171; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 637; LEHMANN, *Begrenzung*, cit., p. 177; TUNC, *Préface* a Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, Paris, 1973, pp. 1-2.

[175] Affrettate perciò, su questo punto, le affermazioni di MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., p. 235. Semmai potrà osservarsi che, anche in caso di dolo, « the problem of distinguishing duty and remoteness tends to become academic » (Mc GREGOR, *op. cit.*, p. 76), dal momento che, di una conseguenza imprevedibile, si viene chiamati a rispondere appunto perché esisteva il dovere di non arrecarla volutamente.

[176] DABIN, *op. cit.*, p. 279, e in generale gli autori citati *retro*, cap. IV, nota 25, anche se quelle precisazioni valgono piuttosto ad individuare lo spazio in cui il dovere di non agire con dolo è inoperante.

[177] E cioè nei casi in cui la supremazia dell'agente rispetto al danneggiato — sotto il profilo del valore degli interessi di cui ciascuno è portatore — sia tale da conferire al primo uno *ius nocendi* esercitabile oltre i confini della normale diligenza (*retro*, n. 8). Non è allora più possibile obiettare (CIAN, *op. cit.*, p. 154) che in tal modo si finirebbe per dar rilievo alla violazione di una regola che il privato non poteva conoscere (assai preciso, su questo punto, DELYANNIS, *op. cit.*, p. 34). D'altra parte, una volta che si rinunci a fare dell'*alterum non laedere* il criterio sufficiente a consentire per se stesso la cernita delle situazioni rilevanti — e che non ci si voglia accontentare di un rinvio alla « determinazione normativa », nel quale rimarrebbero in ombra tutti i limiti « interni » all'esercizio del diritto — non sembrano neppure

necessariamente pretendersi soltanto da chi già sapesse di usurpare la sfera altrui: il senso del richiamo è sempre uguale, proprio per l'immediatezza con cui il principio della solidarietà dovrebbe illuminare qui un soggetto intorno al contegno da evitare [178].

13. Ben poco può allora interessare che a designare il torto intenzionale debba essere il vocabolo di « fatto », piuttosto che non l'altro di « atto » illecito [179]: anche se quest'ultimo parrebbe addirsi molto meglio a una figura in cui tanto spiccata è l'attenzione per gli aspetti soggettivi e psicologici [180]. È vero, tuttavia, che l'espressione appare già abbastanza compromessa per essere a completo proprio agio, sia pur col mutamento di attributo, smistata su un'ipotesi ove il sorgere di effetti giuridici prescinde da ogni riferimento negozia-

---

decisive le critiche che sono state mosse (MAIORCA, *op. cit.*, p. 543) al concetto di violazione di un dovere.

Su « le devoir de ne pas nuire volontairement au prochain », insiste con particolare calore RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 179. Ma si vedano anche TERRY, *Proximate consequences*, cit., p. 11; POLLOCK, *op. cit.*, p. 21 (« If there exists... a positive duty to avoid harm, much more there exists the negative duty of not doing wilful harm, subject, as all general duties must be subject, to the necessary exceptions »); per qualche cenno, CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 82 ss.; e ancora Van RYN, *op. cit.*, p. 180 ss.; SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 37; CARRARO, *Valore attuale*, cit., p. 794; DELYANNIS, *op. cit.*, p. 150; HORN, *op. cit.*, p. 80; MÜNZBERG, *op. cit.*, p. 54, nota 108; HANAU, *op. cit.*, p. 110 (« Vorsätzliche Rechts- und Pflichtverletzungen sind grundsätzlich verboten, während bei der Fahrlässigkeit noch die Verletzung der besonderen Sorgfaltspflicht hinzukommen muss »); CARBONNIER, *op. cit.*, p. 368 e pp. 374-375.

[178] BLEY, *op. cit.*, p. 110; ESSER, *Schuldrecht*, cit., II, p. 392.

[179] Di « atto » illecito in generale preferiscono parlare, ad esempio, MESSINEO, *Manuale*, V, cit., pp. 350-351; D'AVANZO, *Istituzioni*, cit., p. 446 ss.; AULETTA, *Istituzioni*, cit., p. 101; SCIALOJA, *op. cit.*, p. 343 ss.; BARBERO, *op. cit.*, II, p. 812 ss.; BONASI BENUCCI, *La responsabilità civile*, cit., p. 19; NICOLÒ, *Istituzioni*, cit., p. 88. Distingue tra « atto » (dolo o colpa) e « fatto » (responsabilità ex artt. 2047, 2049, 2050 etc.), SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, cit., p. 172. Si vedano pure MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, cit., p. 467; SCADUTO-RUBINO, *op. cit.*, p. 702 ss.; CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 21; SACCO, *La buona fede*, cit., *passim*, e comunque p. 40; TANDOGAN, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève, 1972, p. 70; FRIGNANI, *L'injunction*, cit., p. 409.

[180] Cfr. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 3; oppure DELYANNIS, *op. cit.*, p. 4 ss. Per qualche accenno, il *Restatement of torts*, I, cit., p. 8.

le [181]; e, forse, non è neanche inopportuno che i tratti comuni ad ogni illecito rimangano scanditi formalmente dall'adozione di una cifra unitaria [182].

Si tratta, ad ogni modo, di considerazioni già diverse da quelle che inducono abitualmente gli scrittori [183] a risolvere nello stesso verso la questione terminologica: là, infatti, il rilievo generale è che non possa parlarsi di atto a proposito di un fenomeno per il quale il profilo del comportamento è del tutto indifferente nel giudizio [184], o in cui la condotta viene assunta nelle sue sole componenti esteriori [185].

---

[181] FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 13. Per un parziale accostamento tra illecito doloso e negozio, sotto il profilo della « volontà del risultato », RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 37 ss. (ove si osserva come l'« intento » da un lato sia più importante del negozio, visto che per l'illecito l'effetto si produce solo se sussistono gli altri elementi della fattispecie; dall'altro, più importante in questo secondo campo, visto che esso può produrre l'effetto della responsabilità anche se il negozio è illecito) e p. 265 ss. Si vedano inoltre, ma con osservazioni che hanno ormai solo un sapore di curiosità storica, RICCI, *Corso teorico-pratico*, VI, cit., p .123; VIGNALI, *Commentario*, cit., IV, p. 634. È superfluo precisare come la dottrina — sia attraverso il rilievo che, nell'illecito, l'effetto giuridico non è affatto voluto, sia osservando soprattutto che l'obbligo risarcitorio sarà ammissibile qui indipendentemente dal fatto di essere stato voluto o meno — tenda a scindere nettamente le due figure: per tutti, CROME, *System*, I, cit., p. 472; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 117; POLLOCK, *op. cit.*, p. 3; ROGUIN, *Le règle de droit*, cit., p. 362; A. SCIALOJA, *Le fonti*, cit., p. 58; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 121 ss.; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 60. Un parallelo sotto il profilo causale-normativo è tracciato da MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, cit., p. 117 e p. 122.

[182] RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 642.

[183] QUAGLIARIELLO, *op. cit.*, p. 3; MÉNARD, *Essai d'une critique objective*, cit., p. 348 e p. 368; RODOTÀ, *op. cit.*, p. 57; VISINTINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 2; CARBONE, *op. cit.*, p. 135 ss. Si veda anche MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 117, la cui conclusione è dettata però essenzialmente dal rilievo secondo cui nel termine « atto » rimarrebbe inespressa l'idea della necessità, ai fini della tutela aquiliana, della presenza di una serie di elementi ulteriori rispetto a quello rappresentato dall'azione.

[184] Così STARCK, *Essai*, cit., p. 68. Vedi però DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 142, nota 59 e TORREGROSSA, *op. cit.*, p. 20 (dove appare comunque eccessiva l'affermazione secondo cui « di responsabilità... si può parlare solo in presenza di un comportamento umano »).

[185] RODOTÀ, *op. cit.*, p. 109; HANAU, *Die Kausalität*, cit., p. 110; PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 78 ss., specialmente p. 81. Per qualche aspetto, SOERGEL (-Reimer SCHMIDT), *op. cit.*, § 276, Bem. 8, p. 275; HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme*, cit., p. 319; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 70. La critica

Non occorre far notare come la premessa di questa conclusione sia ancora una volta insensibile all'esistenza degli illeciti di dolo; né vale replicare per esteso a chi, invertendo i dati del discorso, pretende di dedurre dall'uso stesso del « fatto » l'inammissibilità nell'in-

---

mostra spesso di rivolgersi a certe nozioni o descrizioni del « comportamento » — quale quella offerta, soprattutto, da LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Göttinger Abhandlungen, Heft 4, 1927, p. 1 ss.; ID., *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 10 ss.; ID., *Bes. Teil*, cit., p. 326; ID., in *VersR*, 1963, cit., p. 597; in precedenza, SJÖGREN, *Zur Lehre von den Formen des Unrechts*, cit., pp. 412-413; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 265; oppure BIENENFELD, *op. cit.*, p. 234; HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, p. 23 — che appaiono effettivamente un po' forzate, nella loro pretesa di recuperare alla volontà ogni evento e fenomeno imputabile anche oggettivamente; ma non è molto meno unilaterale il punto di vista da cui muovono le corrispondenti repliche, né meno riduttivo il tenore delle contro-definizioni che si propongono. Alquanto formalistico resta anche l'approdo ad un concetto normativo di comportamento cui si perviene quasi sempre nei discorsi sulla conclamata refrattarietà del diritto civile verso i motivi dei finalisti: così, ad esempio, FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 549, del quale sembra poco pertinente la giustificazione che « wer einen anderen mutwillig verletzt, haftet wegen vorsätzlicher Körperverletzung für ein dabei ausgeschlagenes Auge auch dann, wenn er bei dem Überfall keineswegs an das Auge, sondern nur an die Verletzung dachte ». Occorre infatti ancora replicare con FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 138, che « wie beim Schikaneverbot der unsittliche Zweck die Rechtswidrigkeit hervorruft, so ist auch bei der Notwehr der Zweck, nicht der äussere Tatbestand für Ausschluss oder Nichtausschluss der Rechtswidrigkeit entscheidend ». Cfr. pure BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen, 1949, p. 30 ss.; Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Todes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 291; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, cit., p. 187; NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, in *JZ*, 1958, p. 388 ss.; DUNZ, *Das verkehrsrichtige Verhalten - Bilanz eines Plenarbeschlusses*, in *NJW*, 1960, p. 507 ss. E, d'altra parte, WIETHÖLTER, *op. cit.*, pp. 32-33; HORN, *op. cit.*, p. 64 ss.; lo stesso ESSER, *Fälle und Lösungen*, cit., p. 138, nota 36; Hans STOLL, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, cit., p. 235; v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., pp. 484-485, nota 115; STAUDINGER (-WERNER), *op. cit.*, p. 302 ss.; DEUTSCH, *Grundmechanismen*, cit., p. 722; per qualche rilievo, BARTHOLOMEYCZIK, *Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung*, in *Festschrift H. Ficker*, cit., p. 51 ss. Tutto ciò fa risaltare ulteriormente come per la responsabilità civile — una volta respinte le suggestioni di una simmetria con il diritto penale — la fondazione del concetto di comportamento debba svolgersi anch'essa in termini differenziati a seconda del criterio preso in considerazione. In quest'ordine di idee, KNÖPFLE, *Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, in *NJW*, 1967, p. 697 ss., 700, il quale conclude per l'applicabilità dell'*Erfolgsunrecht* nell'ambito del § 823

dagine aquiliana di ogni interesse per il comportamento [186]: non è per la scelta di un motto che il risalto dell'*animus nocendi*, nei casi in cui mostra di esistere, potrà mai rischiare di perdersi.

Ma la stessa lettura che assegna al fatto un'intrinseca carica obiettivistica non sembra fondata e accettabile. Se è pur vero che non si parla di atto, nella rubrica del titolo che conclude il quarto libro del codice civile, non è men vero che il legislatore rivela quasi sempre di illustrare le singole fattispecie dannose sotto il profilo dell'attività [187]; e s'è anche detto, in ogni caso, come una delle componenti del fatto illecito sia proprio quel « fatto » colpevole che include necessariamente il contegno fra i propri elementi costitutivi [188]. Non

---

BGB, e dell'*Handlungsunrecht* sul terreno del § 826; analogamente, LÖWISCH, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung*, cit., p. 428; e si vedano ZEUNER, *Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit*, cit., pp. 43-44; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili*, cit., p. 109; Jürgen SCHMIDT, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, cit., p. 100.

[186] CARBONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 139; per qualche verso anche RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 124-126.

[187] Cfr. anche i rilievi di GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 32.

[188] Ciò non appare scalfito dalla considerazione che « l'accertamento in fatto della colpa determina la nascita dell'obbligazione di risarcimento allo stesso modo in cui la determina, ad esempio, l'accertamento della qualità di proprietario nell'ipotesi prevista dall'art. 2053 » (RODOTÀ, *op. cit.*, p. 151). Proprio perché « è dal fatto dannoso che bisogna prendere le mosse » (RODOTÀ, *op. loc. cit.*), la rinuncia al vaglio e a una citazione della condotta — là dove una condotta debba essere considerata — diventa tecnicamente inammissibile, se è vero che senza un riguardo allo scopo e alle modalità della stessa non è neanche dato di sapere quali siano gli eventi giuridicamente imputabili. In altri termini, il reclamo che « non sono le modalità della qualificazione a divergere, bensì i criteri in base a cui si effettua la qualificazione a diversificarsi » (RODOTÀ, *op. cit.*, p. 152), non può far perdere di vista che, a determinare la rilevanza di questo o quel capitolo, come la riferibilità dei medesimi ad un soggetto piuttosto che ad un altro, è proprio il motivo utilizzato nella costruzione pratica del fatto; mentre la stessa pronuncia sull'ingiustizia — quando non possa intervenire un collegamento oggettivo — si realizza fatalmente alla stregua di un modulo ben preciso di contegno, determinandosi in tal modo qual è il titolo attivabile nella specie. Ed allora, il rilievo secondo cui « quale che sia il criterio in questione, comune a tutti è la funzione di imputare un evento determinato (fatto dannoso) non già ad un'*azione soggettiva*... ma ad un soggetto » (RODOTÀ, *op. cit.*, p. 151), non vale per replicare a chi, accennando all'elemento che funge da « principio accentratore di diversi altri elementi in forma causale » (MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 557), ha poi concluso che « tale principio accentratore nella respon-

v'è perciò neppure contraddizione, nell'usare per il dolo questo termine, dato che in un nome collettivo non può non rimanere qualche traccia di ciò che è proprio di ogni suo fattore [189].

sabilità da illecito è l'azione soggettiva » (MAIORCA, *op. loc. cit.*; ID., *Fatto giuridico*, cit., p. 117 e p. 118; oppure HONIG, *op. cit.*, p. 187; HORN, *op. cit.*, p. 74), ma può servire unicamente quale critica alle osservazioni circa il diverso carattere formale che il « principio accentratore » rivelerebbe nei casi in cui la responsabilità prescinde dall'illecito. Sotto questo profilo, condizionamenti e preclusioni non possono neppur farsi discendere dall'essere il nostro sistema fondato su una clausola generale di responsabilità, invece che articolato in fattispecie tipiche differenti (RODOTÀ, *op. loc. cit.*); il punto infatti, per poter concludere in senso riduttivo sull'« azione », resterebbe sempre quello di dimostrare non già che il richiamo a quest'ultima svolge nell'ultima fase dell'imputazione un compito di mera identificazione del responsabile, bensì che la definizione di tutte le componenti della fattispecie è realizzabile senza tener conto di essa.

[189] Ancora MAIORCA, *Colpa*, cit., p. 562. Oppure ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 25; DEVOTO, *L'imputabilità*, cit., p. 46, p. 49, p. 156 nota 6 e p. 288; e si veda TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 14.

INDICE DELLE DISPOSIZIONI DI LEGGE *

* I numeri si riferiscono alle pagine. Quelli in corsivo indicano che la disposizione è richiamata in nota.

Codice della navigazione

Codice di procedura civile

Codice penale

Codice di procedura penale

Altre leggi

FRANCIA

Code civil